Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft

---

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOKTORS IURIS UTRIUSQUE
DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

THEODOR SCHMIDLIN

FÜRSPRECHER

AUS WAHLEN (Kt. Bern)

1943

Druck der Polygraphischen Gesellschaft Laupen bei Bern

Untersuchungen über ausgewählte Auflösungsgründe der einfachen Gesellschaft

---

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOKTORS IURIS UTRIUSQUE
DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

THEODOR SCHMIDLIN

FÜRSPRECHER

AUS WAHLEN (Kt. Bern)

1943

Druck der Polygraphischen Gesellschaft Laupen bei Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. Juni 1942 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhaltsangabe

Seite

§ 1. Übersicht über die Auflösungsgründe. Der Gegenstand der Abhandlung 7

§ 2. Die Auflösung wegen Erreichung und Unerreichbarkeit des Zweckes 8

1. Die Auflösung wegen Erreichung des Zweckes 8
   a) Die Auflösung wegen Erreichung des Zweckes und die Erfüllung 9
   b) Die Auflösung wegen Erreichung des Zweckes und die Verrechnung 9
   c) Die Auflösung wegen Erreichung eines von mehreren Zwecken 10
   d) Die Rechtsprechung zur Auflösung wegen Erreichung des Zweckes 10
2. Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes . . . 11
   a) Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes und die Nichtigkeit 11
   b) Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes und die Nichterfüllung 12
   c) Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes und das Unmöglichwerden einer Leistung 13
   d) Die Auflösung wegen objektiver und subjektiver Unerreichbarkeit des Zweckes 15
      aa) Die Auflösung wegen objektiver Unerreichbarkeit des Zweckes 15
      bb) Die Auflösung wegen subjektiver Unerreichbarkeit des Zweckes 16

§ 3. Die Auflösung durch Übereinkunft (Der Auflösungsvertrag) . 17

1. Der Erlaß einer Leistung 17
2. Die Auflösung durch Übereinkunft 20
   a) Der Antrag zum Abschluß des Auflösungsvertrages und seine Annahme 20
   b) Die Form des Auflösungsvertrages 22
   c) Die Zustimmung anwartschaftlich geschützter Personen zum Auflösungsvertrag 22
   d) Der Inhalt des Auflösungsvertrages 23
   e) Der Auflösungsvertrag und die Neuerung 23
   f) Der Auflösungsvertrag und die Vereinigung 24

§ 4. Die Auflösung durch Zeitablauf und die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft 25

1. Die vertragliche Befristung des Gesellschaftsverhältnisses und der Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit 25
2. Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen vor Ablauf der Vertragsdauer 27
3. Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft 28
   a) Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft als faktische Vermutung 28

b) Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft als sog. Tathandlung 28
c) Die Wirkungen der stillschweigenden Fortsetzung der Gesellschaft 31
4. Die vertragliche Fortsetzung der Gesellschaft 32
5. Die Auflösung durch Zeitablauf und die Verjährung . . . 33
§ 5. Die Auflösung durch Einwirkung der Gläubiger 34
1. Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter am gemeinschaftlichen Eigentum 34
a) Das Miteigentum 34
b) Das Gesamteigentum 34
2. Die Auflösung wegen Pfändung des Liquidationsanteils eines Gesellschafters 35
3. Die Auflösung wegen Konkurses eines Gesellschafters . . 37
§ 6. Die Auflösung wegen Bevormundung eines Gesellschafters und die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Bevormundeten . . 38
1. Die Auflösung wegen Bevormundung eines Gesellschafters 38
2. Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Bevormundeten 40
§ 7. Die Auflösung durch Kündigung 42
1. Die Kündigung im allgemeinen und die Kündigung der Gesellschaft im besondern 42
2. Die Auflösung durch Kündigung und der Rücktritt vom Vertrag 43
3. Die Begründung des Kündigungsrechtes 44
a) Das vertragliche Kündigungsrecht 44
b) Das gesetzliche Kündigungsrecht 46
aa) Die Kündigung der auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft 46
bb) Die Kündigung der auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangenen Gesellschaft 47
4. Die Kündigungsfrist und der Kündigungstermin 48
a) Die Kündigungsfrist 48
b) Der Kündigungstermin 49
Anhang (Die Auflösungsgründe der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft) 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0057

§ 1. Übersicht über die Auflösungsgründe. Der Gegenstand der Abhandlung.

Die Gründe, die die Auflösung der einfachen Gesellschaft — im folgenden kurz «Gesellschaft» genannt — herbeiführen, können nach Wespi [1] systematisch in drei Gruppen eingeteilt werden:

a) Auflösung der Gesellschaft durch Übereinkunft, d. h. durch Auflösungsvertrag;
b) Auflösungsgründe, die sich von Gesetzes wegen auswirken, ohne daß die Gesellschafter noch etwas beitragen müßten;
c) Auflösung durch Kündigung eines Gesellschafters, d. h. durch einseitige Geltendmachung eines Gestaltungsrechtes.

Die Auflösung der Gesellschaft durch *Auflösungsvertrag* ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit [2].

Art. 545, Abs. 1 OR zählt folgende *Auflösungsgründe, die sich von Gesetzes wegen auswirken,* auf: Die Erreichung und die Unerreichbarkeit des Zweckes [3]; der Tod eines Gesellschafters, sofern für diesen Fall nicht schon vorher vereinbart worden ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll [4]; die Zwangsverwertung des Liquidationsanteils eines Gesellschafters und die Eröffnung des Konkurses über einen Gesellschafter [5]; die Bevormundung eines Gesellschafters [6]; der Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist [7].

Durch *Kündigung* seitens eines Gesellschafters wird die Gesellschaft aufgelöst, wenn eine Kündigung im Gesellschaftsvertrage vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist [8].

Schließlich wird die Gesellschaft aufgelöst durch rechtsgestaltendes Urteil des Richters beim Vorliegen wichtiger Gründe [9]. Aus wichtigen Gründen kann die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der Vertragsdauer, oder wenn sie auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden ist, ohne vorherige Aufkündigung verlangt werden [10].

Zu den Auflösungsgründen des Art. 545 OR gesellt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Art. 27, Abs. 2 ZGB, welcher bestimmt, daß niemand sich im Gebrauch seiner Freiheit in einem, das Recht und die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken könne [11].

---

[1] Wespi, S. 87.
[2] Wespi, a. a. O; OR 545, Ziff. 4.
[3] OR 545, Ziff. 1.
[4] OR 545, Ziff. 2.
[5] OR 545, Ziff. 3.
[6] OR 545, Ziff. 3.
[7] OR 545, Ziff. 5.
[8] OR 545, Ziff. 6.
[9] OR 545, Ziff. 7.
[10] OR 545, Abs. 2.
[11] BGE 48, II, 439.

Nur im Zusammenhange mit den übrigen Auflösungsgründen werden in der vorliegenden Arbeit behandelt die Auflösung wegen Todes eines Gesellschafters und die Auflösung aus wichtigen Gründen. Diese beiden Auflösungsgründe sind bereits eingehend bearbeitet worden [12].

Neben den in Art. 545 OR aufgezählten speziellen Auflösungsgründen bestehen auch die *allgemeinen Untergangsgründe der Obligation,* insofern sie auf Gesellschaftsverhältnisse anwendbar sind. Um Weitläufigkeiten und Wiederholungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, die allgemeinen Untergangsgründe wie Erfüllung, Erlaß, Unmöglichwerden einer Leistung usw. im Zusammenhange mit den speziellen Auflösungsgründen des Art. 545 OR zu behandeln. So kann z. B. der Erlaß ohne Zwang im Zusammenhange mit dem Auflösungsvertrag, das Unmöglichwerden einer Leistung im Zusammenhange mit der Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes betrachtet werden.

Der Eintritt eines Auflösungsgrundes bedeutet erst den Anfang und nicht das Ende der Liquidation. Die Gesellschaft tritt in das Liquidationsstadium ein und besteht mit verändertem Zweck, d. h. mit dem Liquidationszweck, bis zum Abschluß der Auseinandersetzung weiter [13]. Diese *Wirkung* der Auflösungsgründe wird, weil nicht zum Thema gehörend, in der vorliegenden Arbeit nicht weiter behandelt.

---

[12] *Marfurt:* Die Auflösung der Kollektivgesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, Diss. Freiburg, 1928.

Gierke: Die Fortsetzung der OHG mit den Erben eines Gesellschafters in Beiträgen zum Handelsrecht, Festgabe für Karl Wieland. Basel, 1934.

Held: Die Fortsetzung der Kollektivgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters (OR 545, Ziff. 2), ZbJV 76, S. 417 ff.

Fraefel: Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde, Diss. Zürich, 1929.

[13] BGE 59, II, 419; Siegwart, N. 37 zu OR 547; Guhl, S. 255; OR 547 ff.

§ 2. Die Auflösung wegen Erreichung und Unerreichbarkeit des Zweckes.

Art. 545, Ziff. 1 nennt die Erreichung und die Unerreichbarkeit des Zweckes als Auflösungsgründe. Diese Auflösungsgründe wirken sich von Gesetzes wegen aus, ohne daß die Gesellschafter noch etwas beitragen müssten [1].

1. Auflösung wegen Erreichung des Zweckes [2].

Das Gesetz definiert die Gesellschaft als «die vertragsgemäße Verbindung von zwei oder mehreren Personen *zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes* mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln» [3]. Folgerichtig ist deshalb die Erreichung des Zweckes als Auflösungsgrund im Gesetze angeführt [4]. Ist der Gesellschaftszweck erfüllt und der Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 1 OR

---

[1] Wespi, S. 87.
[2] OR 545, Ziff. 1.
[3] OR 530, Abs. 1.
[4] OR 545, Ziff. 1.

eingetreten, so bleibt für ein weiteres Bestehen des obligatorischen Verhältnisses kein Raum mehr [5].

a) Die Auflösung wegen Erreichung des Zweckes und die Erfüllung.

Für die Beantwortung der Frage, ob Zweckerreichung vorliege oder nicht, ist die Abgrenzung der Zweckerreichung von der Erfüllung vertraglicher Pflichten von großer Wichtigkeit.

Die Erfüllung einer Forderung [6] darf nämlich nicht ohne weiteres der Erreichung des Zweckes gleichgestellt werden. Leistungspflicht und Vertragspflicht sind identisch bei gegenseitigen Verträgen. Hier geht der Vertragszweck in der Leistung auf. Ist die vertraglich vereinbarte Leistung erbracht, so ist zugleich der Vertragszweck erfüllt. Der Vertrag erlischt in ganzem Umfange [7].

Ganz anders verhält es sich bei der Gesellschaft. Hier entbindet die Erfüllung nicht von der gesamten vertraglichen Verpflichtung. Wohl aber entbindet die erbrachte Leistung u. U. von weiterer Leistungspflicht [8]. Bestand z. B. der Beitrag eines Gesellschafters in der Einbringung eines Grundstückes [9], so ist der betreffende Gesellschafter von *dieser* Leistungspflicht befreit, wenn er das Grundstück tatsächlich eingebracht hat. Da aber der Vertragszweck nicht in der Leistung aufgeht, sondern, wie Buser [10] richtig bemerkt, außerhalb derselben liegt, bleibt die vertragliche Bindung bis zur Zweckerreichung bestehen. *Der Gesellschaftsvertrag endigt deshalb nicht mit der Erfüllung, sondern mit der Zweckerreichung* [11].

Unsere Ausführungen über das Verhältnis der vertraglichen Leistungspflicht und Erfüllung zur Erreichung des Gesellschaftszweckes werden durch ein *Rückforderungsrecht* bestätigt, das die bundesgerichtliche Rechtsprechung [12] einem Gesellschafter zubilligt, dessen Gesellschaftsbeitrag nicht in ganzem Umfange benötigt wird. Nach dieser Rechtsprechung hat der Gesellschafter Anspruch auf Rückzahlung einer entsprechenden Quote des Gesellschaftsbeitrages.

b) Die Auflösung wegen Erreichung des Zweckes und die Verrechnung.

Die Verrechnung ist Tilgung zweier gegenseitiger fälliger Forderungen auf Geld oder geldwerte Sachen [13]. Die Verrechnung stellt ausschließlich auf gegenseitige Vertragsverhältnisse ab.

Ausgeschlossen ist die Verrechnung von vereinbarten Gesellschaftsleistungen [14]. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus Art. 126 in Verbindung mit Art. 531, Abs. 1 OR. Die Leistungen der Gesellschafter müssen realiter erbracht werden, weil nur so der gemein-

[5] ZbJV 45, S. 41.
[6] OR 114.
[7] Buser, S. 114.
[8] Buser, a. a. O.
[9] OR 531, Abs. 1.
[10] Buser, a. a. O.
[11] OR 545, Ziff. 1; Buser, a. a. O.
[12] BGE 40, II, 114, 121 ff.
[13] Burckhardt, S. 81.
[14] Buser, S. 117.

same Zweck der Gesellschaft verfolgt werden kann. Dies wäre aber durch gegenseitigen Ausgleich der Leistungen nicht möglich. Ist somit die Verrechnung gegenseitiger Leistungspflichten überhaupt nicht zulässig, so braucht die weitere Frage, ob eine Verrechnung die Erreichung des Zweckes nach sich ziehen kann, gar nicht untersucht zu werden.

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Verrechnung im Gesellschaftsverhältnis überhaupt keine Rolle spiele. Wenn die eigentlichen gesellschaftlichen Leistungen auch nicht zur Verrechnung gestellt werden können, so ergeben sich Verrechnungsmöglichkeiten vor allem gelegentlich der Liquidation der Gesellschaft [15], was aber hier weiter nicht zu verfolgen ist.

c) Die Auflösung wegen Erreichung eines von mehreren Zwecken.

Verfolgen die Gesellschafter *mehrere Zwecke,* so ist Zweckerreichung erst dann gegeben, wenn *alle* Zwecke erreicht worden sind, es sei denn, daß mit der Erreichung eines weitergehenden Zweckes ein weniger weit gehender Zweck gegenstandslos wird. Ob dies im einzelnen Falle zutrifft, ist Auslegungsfrage.

d) Die Rechtsprechung zur Auflösung wegen Erreichung des Zweckes.

Die Rechtsprechung zur Auflösung wegen Erreichung des Zweckes ist spärlich. Aus begreiflichen Gründen! Dieser Auflösungsgrund kann von den beteiligten Gesellschaftern leicht festgestellt werden [16]. Zudem veranlassen praktische Erwägungen mitunter die Gesellschafter von einem Rechtsstreit abzusehen. Der Grund hiefür liegt in folgendem: In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle verfolgen die Gesellschafter einen wirtschaftlichen Zweck [17]. Die Gesellschafter haben beispielsweise die in spekulativer Absicht gekauften Wertpapiere mit Gewinn weiterveräußert. Mit gerichtlicher Austragung einer solchen Rechtsfrage würden die Steuerbehörden [18] auf den Gewinn der Gesellschafter aufmerksam gemacht, was unerwünscht ist.

Die Rechtsprechung hat Zweckerreichung angenommen bei Wiederverkauf der zu Spekulationszwecken gekauften Liegenschaft [19]. War Zweck der Gesellschaft die Erstellung eines Bohrloches von 100 Meter Tiefe behufs Auffindung eines Braunkohlenlagers und verlief die Bohrung resultatlos, so ist mit der Erreichung der vertraglich festgesetzten Tiefe der Gesellschaftszweck erfüllt und die Gesellschaft selbst von Gesetzes wegen aufgelöst [20].

Weitere Beispiele bietet das tägliche Leben in überreicher Fülle, wie z. B. die Unterbringung eines Obligationenanleihens durch ein Bankkonsortium, das sich zu diesem Zwecke gebildet hat; die erfolgreiche Durchführung einer Studienreise mehrerer Forscher; die Überbauung eines Grundstückes, wenn Architekten, Bauunter-

[15] Buser, a. a. O.
[16] Siegwart, N. 3 zu OR 547.
[17] Die Gesellschaft kann zwar auch ideale Zwecke verfolgen. Vogelsang, S. 30.
[18] vgl. die einschlägigen Steuergesetze des Bundes und der Kantone.
[19] BGE 25, II, 814, 26, II, 245; ZbJV 45, S. 35; Siegwart, a. a. O.
[20] VAargR 6, S. 145.

nehmer und Handwerker sich zu einem sogenannten Baukonsortium zusammengeschlossen haben.

War die Gesellschaft abgeschlossen zur Vornahme eines einzelnen Geschäftes, z. B. An- und Verkauf einer Liegenschaft, so hat sie ihr Ende erreicht, sobald das Geschäft erledigt ist [21]. Ebenso wenn die von Fund und Reich geplante Fabrikunternehmung gegründet ist [22]. *Schneider und Fick* [23] führen als Beispiel an: A, B und C haben zusammen eine Gesellschaft gegründet mit dem Zwecke, die im Kurse gedrückten Obligationen einer Gemeinde unter ihrem Nominalwerte anzukaufen und sie der Gemeinde behufs Erleichterung ihrer Schuldenlast zum Ankaufspreise zu überlassen. Mit Beendigung dieser Finanzoperation erlischt die Gesellschaft [24].

2. Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes.

Dieser Auflösungsgrund liegt im Wesen der Gesellschaft begründet [25]. Der gemeinsame Zweck ist ein essentieller Bestandteil des Gesellschaftsvertrages. Essentialia negotii sind das Minimum dessen, was verabredet werden muß, um den Bestand des Vertrages zu ermöglichen [26]. Fehlt ein solcher essentieller Vertragsbestandteil, so ist zu untersuchen, ob er schon im Momente des Vertragsabschlusses gefehlt hat, oder ob er nachträglich weggefallen ist.

a) Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes und die Nichtigkeit.

Aus dem Gesetzestexte [27] erhellt mit aller Deutlichkeit [28], daß die Unerreichbarkeit des Zweckes *nach* Abschluß des Vertrages eintreten muß, damit dieser, von Gesetzes wegen wirkende Auflösungsgrund gegeben ist [29]. Dieser Ansicht huldigt auch die Rechtsprechung [30].

Steht die Unerreichbarkeit des Zweckes schon im Momente des Vertragsschlusses fest, so ist der Vertrag *nichtig* [31]. Die Nichtigkeit eines Vertrages besteht in ihrer vollständigen rechtlichen Ungültigkeit. Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist so zu behandeln und zu bewerten, wie wenn es nie getätigt worden wäre [32]. Steht bei mehreren Gesellschaftszwecken nur die Unerreichbarkeit *eines* Zweckes im Momente des Vertragsschlusses fest, so ist in entsprechender Anwendung von Art. 20, Abs. 2 OR dahin zu entscheiden, daß der übrige Teil des Vertrages gültig sein soll, «sobald nicht anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen

---

[21] Haberstich, S. 368.
[22] Rennefahrt, S. 334.
[23] Schneider und Fick, N. 1 zu OR 545.
[24] vgl. auch Rossel, S. 691.
[25] Siegwart, N. 2 zu OR 547.
[26] von Tuhr, S. 133.
[27] OR 545, Ziff. 1.
[28] «..... wenn dessen Erreichung unmöglich *geworden* ist», OR 545, Ziff. 1.
[29] vgl. auch Staub, Kommentar § 79, Anm. 14.
[30] BlZüR 10, Nr. 34.
[31] OR 20.
[32] von Thur, S. 199 ff.; Buser, S. 67.

worden wäre» [33]. Der Richter muß in diesem Sonderfall nach dem Parteiwillen entscheiden, aber nicht nach dem, was die Gesellschafter tatsächlich gewollt haben, sondern nach dem, was sie gewollt hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit eines Teils ihrer Verabredung bewußt worden wäre [34].

b) Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes und die Nichterfüllung.

Weiter oben [35] wurde festgestellt, daß mit der Erfüllung vertraglicher Pflichten der Gesellschaftszweck noch nicht erreicht ist. Hier drängt sich die Frage auf: Zieht die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten die Unerreichbarkeit des Zweckes nach sich oder nicht? Die Frage ist zu verneinen.

Durch Nichterbringung einer Leistung seitens eines Gesellschafters wird allerdings die Erreichung des Zweckes erschwert, aber nicht unmöglich gemacht. Unerreichbarkeit des Zweckes kann hier deshalb nicht angenommen werden, weil der vertragstreue Gesellschafter auf Erfüllung der vertragsgemäß vereinbarten Leistungen klagen kann [36].

Ebenso kann der klagende Gesellschafter, wo dies sinngemäß und zweckmäßig erscheint, die Leistung durch einen Dritten auf Kosten des beklagten Gesellschafters vornehmen lassen [37]. Der beklagte Gesellschafter haftet für allen aus seiner Nichterfüllung den Mitgesellschaftern entstehenden Schaden, sofern er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last falle [38].

Neben diesen Zwangsmaßnahmen steht aber dem Gesellschafter, sofern die Sachlage einen *wichtigen Grund* zur Auflösung der Gesellschaft darstellt, was bei Nichterfüllung des Mitgesellschafters in der Regel wird bejaht werden müssen, auch das Recht zu, die sofortige Auflösung zu verlangen [39]. Ob sich dieses Recht aus dem unzweideutigen Wortlaut des Gesellschaftsrechtes ergibt, wie Buser [40] annimmt, ist fraglich. Gibt ja das Gesetz keine Definition des wichtigen Grundes. Immerhin hat der Gesellschafter die Wahl — und darin ist Buser beizupflichten —, die Leistung des Mitgesellschafters mit dem ihm durch allgemeine Rechtsnormen gebotenen Mittel zu erzwingen oder aber nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu verlangen. Eine andere Frage ist die, ob der Richter das klägerische Begehren schützen wird. Schützt er es nicht — mit einem Prozeßrisiko ist immer zu rechnen —, so kann der klagende Gesellschafter in eine mißliche Situation geraten. Hat er z. B. den Streit vom Zaune gebrochen, d. h. war sein Anspruch ohne weiteres unbegründet, so fragt es sich, ob nicht nun der obsiegende beklagte Gesellschafter in einem neuen Prozeß oder sogar widerklagsweise

[33] von Thur, S. 201.
[34] von Thur, a. a. O.
[35] Ziff. 1, Lit. a dieses §.
[36] OR 531, Abs. 1.
[37] Buser, S. 107.
[38] OR 97, Abs. 1.
[39] OR 545, Ziff. 7; Buser, a. a. O.
[40] Buser, a. a. O.

erfolgreich die Auflösungsklage anstrengen kann, weil *er* sich nun auf einen wichtigen Grund berufen könnte.

Diese Hinweise zeigen zur Genüge, daß die Grenze gegenüber der Auflösung aus wichtigem Grunde ziemlich unbestimmt ist. Einen wichtigen Grund hat das Bundesgericht z. B. angenommen bei fortgesetzter Nichtbezahlung des Hypothekarzinsenanteils bei einer Liegenschaftenspekulationsgesellschaft [41].

Nach der Rechtsprechung kann ein Gesellschafter nicht vom Gesellschaftsvertrag zurücktreten, wenn der Mitgesellschafter seine Pflicht innert einer angesetzten Frist nicht erfüllt [42]. Der vertragstreue Gesellschafter kann die Auflösung der Gesellschaft nur herbeiführen durch eine dem Vertrage oder dem Gesetze entsprechende Kündigung oder durch Auswirkung eines Richterspruches [43]. Art. 107 OR ist deshalb auf Gesellschaftsverhältnisse nicht anwendbar [44]. Dagegen hindert die Zustimmung zur Auflösung — um weitern Schwierigkeiten auszuweichen — den vertragstreuen Gesellschafter nicht, Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Vertragspflichten zu verlangen [45].

Mit der Erfüllungsklage steht in Zusammenhang, daß der leistungsfordernde Gesellschafter nur gehört wird, wenn er entweder seine eigene Leistung bereits vollzogen hat oder doch Erfüllung anbietet [46], es sei denn, die Erreichung des Zweckes erheische eine Vorleistungspflicht des beklagten Gesellschafters oder seine Vorleistungspflicht sei ausdrücklich im Vertrag verabredet worden. Daraus ergibt sich u. a. die grundsätzliche Folgerung, daß die Gesellschaftsleistungen Zug um Zug zu erfolgen haben [47]. *Knoke* [48] und Buser [49] sprechen sich gegen die Zulässigkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages aus, sobald die Einrede nicht wegen Ausstand der eigenen Leistung des Klägers, sondern wegen Nichtleistung eines Drittgesellschafters erhoben wird. Dieser Ansicht ist beizupflichten.

c) Die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes und das Unmöglichwerden einer Leistung.

Es wurde im Vorhergehenden die Frage untersucht, ob die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten die Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes nach sich ziehe. Dabei wurde von der Voraussetzung ausgegangen, daß der nichterfüllende Gesellschafter diese Nichterfüllung (infolge Verschuldens) zu verantworten hat.

Wie ist nun zu entscheiden, wenn nach Entstehung des Vertragsverhältnisses die Leistung eines Gesellschafters — infolge von Umständen für die er nicht verantwortlich ist — *unmöglich* geworden ist? Die weitere Frage ist die, ob die allgemeinen Grundsätze

[41] BGE 29, II, 102.
[42] vgl. z. B. SJZ 24, S. 164.
[43] OR 545, Ziff. 7.
[44] BGE 49, II, 491.
[45] SJZ 24, S. 164.
[46] OR 82; Guhl, S. 24.
[47] Siegwart, N. 77 zu OR 530; Buser, S. 99 ff.
[48] Knoke, S. 42 ff.
[49] Buser, S. 105.

des OR über das Unmöglichwerden einer Leistung [50] anwendbar sind.

Das Unmöglichwerden der Leistung bewirkt das Erlöschen der Vertragspflicht [51] ähnlich wie die Erfüllung dort, wo der Vertragszweck mit der Erbringung der Leistung zusammenfällt [52]. Die allgemeine Bestimmung des OR, die die Vertragspflicht erlöschen läßt, wenn die Leistung aus Gründen, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, unmöglich wird, stellt demgemäß wiederum in allererster Linie auf gegenseitige Verträge ab [53]. Sie kann deshalb bei der Gesellschaft nur sinngemäß zur Anwendung kommen. Das Unmöglichwerden der Leistung entbindet den Gesellschafter bloß von der vertraglichen Leistungspflicht, ohne ihn im übrigen von den gesellschaftlichen Bindungen zu befreien [54]. *Ein allgemeines Erlöschen der vertraglichen Bindungen ist erst dann gegeben, wenn das Unmöglichwerden der Leistung zugleich die Unmöglichkeit der Zweckerreichung mit sich zieht* [55].

Wegen Unmöglichwerden der Leistung des Gesellschafters A darf der Gesellschafter B die eigene Leistung nicht verweigern, oder, wenn B bereits geleistet hat, besitzt er keinen Anspruch auf Rückgabe seiner Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus Art. 531, Abs. 3 OR, wo bestimmt wird, daß in bezug auf die Tragung der Gefahr und die Gewährspflicht die Grundsätze des Kaufsrechtes [56] entsprechende Anwendung finden, sofern Eigentum zu übertragen ist oder übertragen wurde [57]. Die Begründung für diese Regelung liegt darin, daß die Leistungen der Gesellschafter im Hinblick auf die Erreichung des gemeinsamen Zweckes vereinbart wurden.

Auch bei Unmöglichwerden einer Leistung ist die Abgrenzung gegenüber der Auflösung aus wichtigem Grund schwierig [58]. Es wurde festgestellt, daß durch das Unmöglichwerden einer einzelnen Leistung, wenn nicht direkt Unerreichbarkeit, so doch eine bedeutende Erschwerung der Zweckerreichung gegeben sein kann. *Buser* [59] billigt dem benachteiligten Gesellschafter das Recht zu, die Gesellschaft aus wichtigem Grunde aufzulösen. Dieses Recht soll ihm zustehen, wenn die Umstände das Ausbleiben der Leistung des Mitgesellschafters als genügendes Hemmnis für die Zweckerreichung und somit als wichtigen Grund zur Vertragsauflösung darstellen [60]. Hier ist aber noch größere Vorsicht geboten als bei der Auflösung aus wichtigem Grund wegen Nichterfüllung gesell-

[50] OR 119.
[51] OR 119.
[52] Buser, S. 116.
[53] Buser, a. a. O.
[54] Buser, a. a. O.
[55] Buser, a. a. O.
[56] OR 185, 220, 192/210, 219.
[57] Der maßgebende Rechtssatz des Kaufsrechtes lautet: «Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschluß des Vertrages auf den Erwerber über.» OR 185, Abs. 1.
[58] OR 545, Ziff. 7.
[59] Buser, S. 116.
[60] Buser, a. a. O.

schaftlicher Pflichten. Zieht das Unmöglichwerden einer Leistung zugleich die Unerreichbarkeit des Zweckes nach sich, so ist nach unsern Ausführungen die Auflösung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes am Platze. Eine Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund wegen Unmöglichwerden einer Leistung, ist deshalb nur in seltenen Fällen denkbar.

d) Die Auflösung wegen objektiver und subjektiver Unerreichbarkeit des Zweckes.

aa) Die Auflösung wegen objektiver Unerreichbarkeit des Zweckes.

Unerreichbarkeit des Zweckes i. S. von Art. 545, Ziff. 1 OR ist nur bei *dauernder objektiver Unerreichbarkeit* gegeben [61]. Dieser Auflösungsgrund wirkt von Gesetzes wegen. Die Sachlage, die die Unerreichbarkeit des Zweckes nach sich zieht, tritt ein, ohne daß sie von den Gesellschaftern gewollt oder gar verschuldet wäre. Es handelt sich meistens um Zufälle, die solcher Art sind, daß der Zweck nicht mehr erreicht werden kann.

In diesen Fällen trifft Art. 545, Ziff. 1 OR zu, nicht dagegen schon, wenn infolge von Zerwürfnissen zwischen einzelnen Gesellschaftern ein gedeihliches Zusammenwirken ausgeschlossen ist [62] (subjektive Unerreichbarkeit des Zweckes).

Hier ist vorerst die objektive Unerreichbarkeit des Zweckes (im folgenden kurz «Unerreichbarkeit des Zweckes» genannt) zu betrachten.

Unerreichbarkeit des Zweckes wird vom Bundesgericht [63] bei *dauernder* Unrentabilität bejaht, wenn der Grund der Unrentabilität nicht in Zerwürfnissen unter den Gesellschaftern zu suchen ist:

«Der Zweck der Gesellschaft kann dann nicht mehr erreicht werden, wenn das Handelsgewerbe, zu dessen Betreibung die Gesellschaft geschlossen wurde, überhaupt nicht mehr mit Vorteil für die Gesellschafter betrieben werden kann.»

Unerreichbarkeit des Zweckes hat die Rechtsprechung weiter angenommen bei Ablauf der Zeit, während welcher das erforderliche Geschäft hätte abgeschlossen werden sollen [64]; wenn die Nutzlosigkeit weiterer Versuche unzweifelhaft feststeht [65]; wenn mit Sicherheit feststeht, daß die Gesellschaft ohne Bankkredit dasteht und keine Aussichten bestehen einen weitern Bankkredit zu erhalten, dagegen eine erhebliche Summe fälliger und ungedeckter Schulden vorhanden ist [66].

Unerreichbarkeit des Zweckes ist weiter gegeben bei objektiver Unmöglichkeit aller Gesellschafter, die überhaupt für die Geschäftsführung in Frage kommen, zur Ausübung derselben [67]; bei Austritt zahlreicher Mitglieder aus einem Kartell [68].

---

[61] Siegwart, N. 2 zu OR 547.
[62] BIHE 17, S. 249.
[63] BGE 24, II, 202.
[64] BIHE 15, S. 5.
[65] BIHE 13, S. 63.
[66] BIHE 4, S. 120.
[67] Wespi, S. 68; Siegwart, a. a. O.
[68] Zoelli, S. 76; Siegwart, a. a. O.

Haberstich [69] führt beispielsweise an: Nichteintritt des Krieges, wenn die Vereinbarung zu dem Zwecke stattfand, für den Fall des Ausbruchs eines Krieges Brotlieferungen an die Armee zu übernehmen. Weitere zutreffende Beispiele finden sich in den Arbeiten von *Rennefahrt* [70], *Schneider und Fick* [71] und *Rossel* [72].

bb) Die Auflösung wegen subjektiver Unerreichbarkeit des Zweckes.

Von der objektiven Unerreichbarkeit des Zweckes ist die subjektive Unerreichbarkeit des Zweckes zu unterscheiden. Subjektive Unerreichbarkeit des Zweckes ist dann vorhanden, wenn interner Verhältnisse wegen die Erreichung des Zweckes in Frage gestellt wird.

Der theoretische Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unerreichbarkeit des Zweckes ist dann und nur dann berechtigt, wenn dem Unterschied praktische Bedeutung zukommt.

Der Unterschied ist deshalb berechtigt, weil bei Annahme objektiver Unerreichbarkeit des Zweckes die Auflösung der Gesellschaft von Gesetzes wegen eintritt. Bei subjektiver Unerreichbarkeit des Zweckes billigt die Rechtsprechung dagegen den betroffenen Gesellschaftern bloß das Recht zu, die Gesellschaft aus wichtigem Grund aufzulösen [73]. Damit werden die Gesellschafter auf den Klageweg verwiesen. Die Gesellschaft kann nur durch konstitutives richterliches Urteil aufgelöst werden [74].

Instruktiv ist ein Urteil des Zürcherischen Handelsgerichtes [75]:

«Zum Gesellschaftszweck im weitern Sinne gehört es nun zweifellos bei jedem .... Unternehmen mit dem vertraglich vorgesehenen Betrieb Gewinn zu erzielen. Infolgedessen wird man, wenn sich ein Geschäft interner Verhältnisse wegen als dauernd unrentabel erweist, nicht etwa sagen können, daß die Erreichung des Gesellschaftszweckes im Sinne von Art. 545, Abs. 1 unmöglich geworden sei, da hier eine objektive Unmöglichkeit vorgesehen ist, während es sich in jenem Fall um eine subjektive Unmöglichkeit handelt.

Immerhin widerspricht aber die Fortführung eines offenbar unrentablen Unternehmens so sehr einer vernünftigen kaufmännischen Auffassung, daß derjenige Sozius, der sich einem solchen Geschäftsbetrieb widersetzen will, den Schutz von Art. 547 anrufen kann [76]. Dabei darf natürlich nicht verlangt werden, daß er die Unmöglichkeit der Erzielung künftiger Gewinne strikte beweise, vielmehr muß es genügen, wenn er dieselbe derart wahrscheinlich macht, daß nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge eine Änderung der Sachlage als ausgeschlossen erscheint.»

Beispiele subjektiver Unerreichbarkeit des Zweckes (und damit Grund zur Auflösung gemäß OR 545, Ziff. 7) sind nach der Rechtsprechung weiter die große Schwierigkeit den Gesellschaftszweck

---

[69] Haberstich, S. 368.
[70] Rennefahrt, S. 334.
[71] Schneider und Fick, N. 1 zu OR 545.
[72] Rossel, S. 691.
[73] OR 545, Ziff. 7.
[74] BGE 30, II, 360; Fraefel, S. 112.
[75] BlZüR 4, S. 155.
[76] jetzt OR 547, Ziff. 7, der angeführte Artikel stammt aus dem aOR.

zu erreichen infolge Schwindens des wechselseitigen Vertrauens und Mißbrauchs der geschäftlichen Überlegenheit seitens eines Gesellschafters [77]; oder auch ein derart feindseliges oder unerträgliches Verhältnis einzelner Gesellschafter, daß an ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr gedacht werden kann [78].

Subjektive Unerreichbarkeit des Zweckes ist nicht gegeben bei bloßer Unrentabilität wegen vorübergehend ungünstiger Konjunkturen [79]. Tritt während dieser ökonomisch ungünstigen Geschäftslage nicht ein anderer Auflösungsgrund [80] ein, so haben die Gesellschafter die Gesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages fortzuführen. Diese Pflicht zu wirtschaftlichem Bestand ergibt sich aus der gegenseitigen Treuepflicht der Gesellschafter.

[77] BGE 20, S. 396; Siegwart, a. a. O.
[78] BGE 24, II, 202.
[79] vgl. auch Siegwart, N. 2 zu OR 545/47.
[80] z. B die Auflösung durch Übereinkunft.

§ 3. Die Auflösung durch Übereinkunft. (Der Auflösungsvertrag.)

Es handelt sich um einen Anwendungsfall von Art. 115 OR (Aufhebung eines Schuldverhältnisses durch Übereinkunft) [1]. Der Erlaß — wie diese Aufhebung auch genannt wird — ist der durch Aufhebungsvertrag begründete Untergang einer Forderung oder eines Schuldverhältnisses [2].

Ist für einen Vertrag, der vom Gesetze an keine Form gebunden ist, die Anwendung einer solchen vorbehalten worden, so gilt dies nicht für die Aufhebung durch Übereinkunft [3]. Der Erlaß kann sich auf die ganze Forderung (Schuldverhältnis) oder nur auf einen Teil erstrecken.

Wäre die Aufhebung einer Forderung durch Übereinkunft ohne weiteres der Auflösung einer Gesellschaft durch Übereinkunft gleichzustellen, so wäre im OR dieser Auflösungsgrund nicht noch besonders aufgeführt.

Zu unterscheiden ist:

1. Der Erlaß einer Leistung, die einer der Gesellschafter zu erbringen hat.
2. Die Auflösung der Gesellschaft durch Übereinkunft, von uns Auflösungsvertrag genannt.

1. Der Erlaß einer Leistung.

Die Gesellschaft wird eingegangen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln [4]. Daraus folgt, daß die Mittel, die die Gesellschafter bereitzustellen haben, zweckdienlich sein müssen. Bei Eingehung des Gesellschaftsvertrages haben die Gesellschafter bestimmte Zwecke im

[1] Becker, N. 16 zu OR 545.
[2] Guhl, S. 138.
[3] OR 115.
[4] OR 530.

Auge und verabreden demgemäß auch ihre Leistungen. Zeigt sich nun nach einer gewissen Dauer, daß eine vereinbarte Leistung sich im Hinblick auf die Erreichung des Zweckes nicht eignet, so liegt es nahe, daß die Gesellschafter dem verpflichteten Gesellschafter die Leistung erlassen.

In gleicher Weise werden die Gesellschafter vorgehen, wenn sich von mehreren Zwecken einer als unerreichbar herausstellt und die zu erlassende Leistung im Hinblick auf die Erreichung dieses Zweckes vereinbart wurde. Denkbar ist auch eine Neuerung, kraft derer der Gesellschafter eine andere Leistung als die ursprünglich vereinbarte zu erbringen hat [5]. Schwierigkeiten bereitet hier u. U. die Abgrenzung gegenüber der Erfüllung an Zahlungsstatt.

In den erwähnten Fällen handelt es sich um einen *Erlaß i. e. S.* Er berührt nur die Leistungspflicht eines Gesellschafters, nicht aber den Bestand des Gesellschaftsverhältnisses.

Die «Erfüllung» des Erlaßvertrages besteht in einer *Verfügung*, durch welche ein Gläubiger ein Aktivum seines Vermögens aufgibt. Dem Erlassenden muß daher die Verfügungsfähigkeit über die Forderung zustehen [6].

Diese Regelung hat gegenseitige Vertragsverhältnisse im Auge. Bei gegenseitigen Vertragsverhältnissen sind die Interessen der Vertragsparteien entgegengesetzt. Der Gläubiger kann jederzeit auf die ihm gebührende Leistung verzichten.

Bei der Gesellschaft sind aber die Interessen gleichgerichtet. Ein Gesellschafter hat deshalb nicht nur das Recht, die Leistung der *andern* Gesellschafter zu erzwingen, sondern er hat auch das Recht, seine *eigene* Leistung zu erbringen.

Ein Beispiel macht die Interessenlage sofort augenfällig:

Vereinbaren die Gesellschafter, Liegenschaftsspekulationen durchzuführen und ist u. a. die Überbauung des dem Gesellschafter A gehörenden Grundstückes vorgesehen, so hat dieser Gesellschafter ein erhebliches Interesse daran, daß sein Grundstück überbaut werde. Er hat also m. a. W. ein erhebliches Interesse daran, seiner Leistungspflicht nachzukommen.

Daraus erhellt, daß die Nichtzustimmung eines Gesellschafters zum vorgesehenen Erlaß seiner Leistung eine andere, viel wichtigere Bedeutung hat, als die Nichtzustimmung des Schuldners zum Erlaß seiner Leistung bei gegenseitigen Vertragsverhältnissen. Abgesehen davon, daß Nichtzustimmung hier praktisch nicht vorkommt, bestehen die Folgen der Nichtzustimmung lediglich darin, daß der Gläubiger nicht fordert und daß die Forderung mit Ablauf von 10 Jahren verjährt, sofern das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt [7].

Verweigert der *leistungsberechtigte* und *erfüllungsbereite* Gesellschafter seine Zustimmung zum Erlaßvertrag, dann liegt, wie noch zu zeigen ist, seitens der Mitgesellschafter ein Tatbestand vor, der mit dem Gläubigerverzug bei gegenseitigen Verträgen große Ähnlichkeit hat.

---

[5] OR 116.
[6] von Tuhr, S. 569.
[7] OR 127.

Gemäß Gesetz kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert [8].

Die Gesellschafter, die dem leistungsberechtigten und erfüllungsbereiten Gesellschafter den Abschluß eines Erlaßvertrages antragen, bringen zum Ausdruck, daß sie die ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht annehmen wollen. Überdies werden sie auch regelmäßig die nötigen Vorbereitungshandlungen unterlassen.

Sind die gesetzlichen Wirkungen des Gläubigerverzuges auf unsern Tatbestand anzuwenden?

Zunächst ist zu untersuchen, ob im Gesellschaftsrechte sich eine Regelung findet. Im Gesellschaftsrechte ist die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund gegeben [9]. Ist die Hinderung der Erfüllung so geartet, daß sie einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung darstellt — und das wird in dem hier behandelten Fall meistens zu bejahen sein — so kann der betroffene Gesellschafter von dem ihm gebotenen Auflösungsrechte Gebrauch machen [10]. Drängt sich dagegen der Erlaß einer Leistung deshalb auf, weil beispielsweise die Leistung zur Erreichung des Gesellschaftszweckes nicht mehr dienlich ist, so kann nach unseren Ausführungen kein dem Gläubigerverzug ähnlicher Tatbestand vorliegen. Eine allfällige Auflösungsklage müßte vom Richter abgewiesen werden.

Es ist aber nicht zu übersehen, daß es Fälle geben kann, wo mit der Auflösung der Gesellschaft dem erfüllungsberechtigten Gesellschafter nicht gedient ist. Soll er dann gleichwohl erfüllen können? *Buser* [11] spricht sich für die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug aus.

Dieser Ansicht kann in ihrer allgemeinen Fassung nicht beigepflichtet werden. Eine Hinterlegung [12] kommt nicht in Frage, weil die Leistung der Erreichung des Zweckes zu dienen hat, was bei einer gerichtlichen Hinterlegung nicht möglich ist. Ebenso ist ein öffentlicher Verkauf der Sache nicht tunlich, weil auch hier der Erlös hinterlegt wird [13].

Der dem Gläubigerverzug ähnliche Tatbestand hebt bloß einen allfälligen Verzug des nunmehr erfüllungsbereiten Gesellschafters auf und beseitigt dessen zukünftige Folgen [14], was Bedeutung hat für eine allfällige Schadenersatzklage. Nur in diesem beschränkten Rahmen sind die allgemeinen Bestimmungen des OR über den Gläubigerverzug anzuwenden.

Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als den erfüllungsbereiten Gesellschafter auf die Auflösungsklage zu verweisen. Der Ausgleich für die dadurch bedingte Benachteiligung des vertragstreuen Gesellschafters liegt darin, daß er Anspruch auf Schadenersatz

[8] OR 91.
[9] OR 545, Ziff. 7; Buser, S. 99.
[10] Buser, a. a. O.
[11] Buser, a. a. O.
[12] OR 92, Abs. 1.
[13] OR 93.
[14] vgl. Guhl, S. 121.

hat[15]. Dagegen kann derjenige Gesellschafter, welcher die Auflösung aus wichtigem Grunde verlangt, nicht die Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter (d. h. die unbeschränkte Rückzahlung seiner Einlage) verlangen[16].

Stimmt der Gesellschafter, dessen Leistung erlassen werden soll, dem Erlaßvertrag zu, so ist die Rechtslage einfach. Nach Art. 534 OR werden Gesellschaftsbeschlüsse mit Zustimmung aller Gesellschafter gefaßt. Ist es vertraglich vereinbart, so genügt auch Stimmenmehrheit. Klar ist, daß die Stimme des Gesellschafters, dem die Leistung erlassen werden soll, nicht mitzählt. Denn seine Willensäußerung ist rechtlich Zustimmung zu einem Antrag, wodurch der Erlaßvertrag zustande kommt[17].

2. Die Auflösung durch Übereinkunft.

Die Auflösung der Gesellschaft durch Übereinkunft (Art. 545, Ziff. 4) ist die auf Gesellschaftsverhältnisse zugeschnittene Aufhebung eines Schuldverhältnisses durch Übereinkunft[18]. Aus diesem Grunde wurde der Erlaß i. e. S. als das allgemeine Institut unter Ziffer 1 dieses § der nachfolgenden Betrachtung vorausgeschickt.

a) Der Antrag zum Abschluß des Auflösungsvertrages und seine Annahme.

Die Auflösung der Gesellschaft kann nur durch *übereinstimmenden Willen* aller Gesellschafter herbeigeführt werden[19]. Während bei Erlaß einer Leistung nach Vertrag Stimmenmehrheit genügen kann, so gilt dies nicht für den Auflösungsvertrag. Bei der Auflösung durch Übereinkunft wird das Gesellschaftsverhältnis als solches aufgehoben. Es haben deshalb *alle* Gesellschafter mitzuwirken[20].

Der Antrag zum Abschluß des Auflösungsvertrages wird meistens vom geschäftsführenden Gesellschafter gestellt. Unter Geschäftsführung ist das interne Verhältnis unter den einzelnen Gesellschaftern zu verstehen[21]. Der geschäftsführende Gesellschafter kann als derjenige Gesellschafter bezeichnet werden, der den besten Überblick über die Lage der Gesellschaft hat. Einen Antrag zum Abschluß des Auflösungsvertrages wird er dann stellen, wenn ihm die sofortige Liquidation tunlich erscheint. Die Gesellschaft weist beispielsweise schlechten Geschäftsgang auf. Es ist nun eine Erfahrungstatsache, daß eine früh genug vorgenommene Liquidation sehr oft größere Verluste vermeiden läßt. Einen solchen Antrag zu stellen, ist bei gegebenen Verhältnissen *Pflicht* des geschäftsführenden Gesellschafters. Er haftet nämlich — soweit der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt — den übrigen Gesellschaftern gegenüber gemäß den Vorschriften über den Auftrag[22].

---

[15] Siegwart, N. 35 zu OR 547 und die dort angeführte Rechtsprechung.
[16] BlZüR 4, Nr. 98.
[17] OR 1.
[18] OR 115.
[19] Siegwart, N. 13 zu OR 547; Becker, N. 17 zu OR 545.
[20] so Becker, N. 16 zu OR 545; a. M. Siegwart, N. 14 zu OR 547.
[21] Guhl 254/255.
[22] OR 540, Abs. 1.

Nach Auftragsrecht haftet der Beauftragte (hier der geschäftsführende Gesellschafter) für «getreue und sorgfältige Ausführung» [23], d. h. für jedes Verschulden. Wann ein geschäftsführender Gesellschafter verpflichtet ist, einen Antrag zum Abschluß des Auflösungsvertrages zu stellen, kann nicht allgemein gesagt werden.

Ein Antrag zum Abschluß des Auflösungsvertrages ist im Sinne unserer Ausführungen zu der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten zu zählen. Wenn daher ein Gesellschafter, der nicht zur Geschäftsführung befugt ist, einen Auflösungsantrag stellt, so finden die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung. Folge davon ist, daß die Auskunftspflicht eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters sehr streng zu beurteilen ist. Bei Verletzung dieser Auskunftspflicht (culpe in contrahendo) [24] entstehen Schadenersatzansprüche. Dies ergibt sich aus der Haftung des antragstellenden, nicht geschäftsführenden Gesellschafters für jede Fahrlässigkeit [25], während er sonst nur diejenige Sorgfalt anwenden muß, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt [26].

Ein Antrag ist an alle Gesellschafter zu richten. Die Bindung des antragstellenden Gesellschafters dauert so lange, bis nach den gegebenen Verhältnissen die andern Gesellschafter ihre Willenserklärung abgeben können [27].

Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen anwesenden Gesellschafter gestellt, und nicht sogleich angenommen, so wäre nach Art. 4 OR der antragstellende Gesellschafter nicht weiter gebunden. Dieser Rechtsatz bedarf beim Antrag zum Abschluß des Auflösungsvertrages einer Ergänzung. Den Gesellschaftern kann nicht zugemutet werden, daß sie ihre Willenserklärung, auch wenn sie anwesend sind, sofort abgeben. Vielmehr muß ihnen das Recht zugebilligt werden, Einsicht in die Geschäftsbücher und Papiere zu nehmen, bevor sie sich über ihre Haltung schlüssig zu werden brauchen. Dies gilt besonders für den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter [28]. Vom Standpunkt des antragstellenden Gesellschafters aus bedeutet dies, daß er länger als üblich an seinen Antrag gebunden ist.

Keiner weiteren Ausführung bedarf, daß die gegenseitigen Willenserklärungen durch Stellvertreter abgegeben werden können [29].

Der Auflösungswille kann auch stillschweigend zum Ausdruck kommen. Dieser Fall liegt dann vor, wenn ohne Einspruch eines Gesellschafters die geschäftliche Tätigkeit einfach dauernd stillsteht [30]. Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn es sich im Streitfalle darum handelt, den Zeitpunkt der Auflösung zu bestimmen. Auf den Tag, an dem die letzte geschäftliche Tätigkeit vorgenommen wurde, kann nicht abgestellt werden. Enthält aber

[23] OR 398, Abs. 2.
[24] Guhl, S. 58.
[25] OR 420, Abs. 1.
[26] OR 538, Abs. 1.
[27] BGE 12, S. 207; Siegwart, N. 13 zu OR 547.
[28] vgl. OR 541.
[29] vgl. OR 32 ff.
[30] Siegwart, N. 14 zu OR 547.

der Vertrag die Bestimmung, daß am Ende eines Geschäftsjahres Inventuraufnahme und Bilanzabschluß vorzunehmen seien, so kann ohne Zwang auf diesen Zeitpunkt abgestellt werden, dies namentlich dann, wenn auf diesen Zeitpunkt hin den Angestellten gekündigt wurde [31]. Finden sich keine Anhaltspunkte der erwähnten Art vor, so dürfte OR 546, Abs. 1 und 2 entsprechende Anwendung finden.

Ist der Auflösungsbeschluß in ungültiger Weise gefaßt worden, so ist dies nicht einem Austritt der dem Beschluß dolos zustimmenden Gesellschafter gleichzustellen und löst darum auch nicht die für den Austritt vorgesehene Konventionalstrafe aus [32]. Besteht die Ungültigkeit darin, daß der Beschluß zu früh gefaßt wurde, so gilt die Auflösung als in jenem Zeitpunkt eingetreten, in welchem der Beschluß hätte gefaßt werden können [32].

b) Die Form des Auflösungsvertrages.

Der Auflösungsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besondern Form, auch wenn der Gesellschaftsvertrag schriftlich abgeschlossen wurde, ist der Auflösungsvertrag formlos gültig. Aus dem Umstande, daß die Gesellschafter die schriftliche Form für das Zustandekommen des Vertrages verlangten [33], kann nicht gefolgert werden, daß sie das gleiche auch für den Auflösungsvertrag beabsichtigt haben [34].

c) Die Zustimmung anwartschaftlich geschützter Personen zum Auflösungsvertrag.

aa) Nicht nur die jeweiligen Gesellschafter, sondern auch solche Personen, die eine rechtlich geschützte Anwartschaft auf den künftigen Eintritt besitzen, müssen ihre Zustimmung zur vorzeitigen Auflösung geben [35].

bb) Ist eine *altbernische Witwe* Gesellschafterin, so ist bei Auflösung der Gesellschaft durch Übereinkunft folgendes zu beachten:

Das eheliche Vermögen, das Alleineigentum des Ehemannes war, geht mit dessen Tode unter den Vorbehalten von Art. 148 des bernischen EG zum ZGB auf seine Witwe über; ihre Forderung für den Wert des Eingebrachten erlischt [36]. Die Kinder aus altbernischer Ehe werden nicht Erben ihres Vaters (die Witwe ist Alleinerbin), wohl aber ist ihnen das eheliche Vermögen verfangen [37]. Das bernische Verfangenschaftsrecht erzeugt ein Wartrecht; d. h. ein unentziehbares Erbrecht, geschützt durch ein Wiederspruchsrecht gegen lebzeitige Verfügung [38].

Bringt eine altbernische Witwe verfangenes Vermögen in eine Gesellschaft ein, so müssen, da es sich um eine *Verfügung* über das eheliche Vermögen oder eines Teiles desselben handelt, die

---

[31] VAargR 11, S. 77, 85.
[32] BGE 24, II, 854; Siegwart, N. 14 zu OR 547.
[33] OR 14.
[34] Haberstich, S. 369.
[35] BGE 23, I, 669; Siegwart, N. 13 zu OR 547.
[36] Leuch, in ZbJV 64, S. 196.
[37] ZbJV 52, S. 186.
[38] Leuch, in ZbJV 64, S. 203.

Kinder oder ihre Vertreter zustimmen. Für die unter der elterlichen Gewalt der Mutter stehenden Kinder bedarf es der Zustimmung der zuständigen Vormundschaftsbehörde [39].

Da die Auflösung durch Übereinkunft inhaltlich ebenfalls eine Verfügung über einen Teil des ehelichen Vermögens ist, so bedarf die altbernische Witwe, die Gesellschafterin ist, der Zustimmung ihrer Kinder, wenn sie der Auflösung in rechtsgültiger Weise zustimmen will. Wird die Zustimmung von mündigen Kindern verweigert, so kann sie durch Ermächtigung des Richters ersetzt werden [40].

d) Der Inhalt des Auflösungsvertrages.

Haben sich die Gesellschafter über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, daß der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern soll. Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden [41].

Die Gesellschafter können die Gesellschaft mit sofortiger Wirkung oder mit Wirkung auf einen spätern Zeitpunkt auflösen. Die Auflösung kann auch von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Die Gesellschafter vereinbaren z. B., daß die Gesellschaft aufgelöst sein soll, wenn die Gesellschafter innert bestimmter Zeit nicht weitere Bankkredite erhalten.

Da das Gesellschaftsverhältnis seit seiner Entstehung steten Veränderungen unterworfen war, kann dem Auflösungsvertrag keine rückwirkende Kraft zukommen. Die Auflösung wirkt ex nunc. Die Gesellschafter können eine Rückwirkung nur dann vereinbaren, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar zustande gekommen ist, aber intern und extern keine weitern Folgen gezeitigt hat [42].

Mit der Auflösung durch Übereinkunft kann eine vom Gesetze so genannte *Geschäftsübernahme* durch einen Dritten oder durch einen Gesellschafter verabredet werden [43]. Übernimmt ein Dritter das «Geschäft», so haften die bisherigen Gesellschafter mit dem Übernehmenden solidarisch noch während 2 Jahren, die für fällige Forderungen seit der Mitteilung oder Auskündung und bei später fällig werdenden Forderungen mit Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen [44].

e) Der Auflösungsvertrag und die Neuerung.

Im Zusammenhang mit der Auflösung durch Übereinkunft empfiehlt es sich, zwei allgemeine Untergangsgründe der Obligation, die *Neuerung* (Lit. e) und die *Vereinigung* (Lit. f) zu betrachten. Zwar können im Rahmen unserer Arbeit diese Untergangsgründe nicht vollständig dargestellt werden, wohl aber soll gezeigt

[39] bern. EG zum ZGB, Art. 148, Ziff. 2, Abs. 1.
[40] bern. EG zum ZGB, Art. 148, Ziff. 2, Abs. 2.
[41] OR 2.
[42] a. M. Becker, N. 16 zu OR 545, der den Gesellschaftern unbeschränkt das Recht zubilligt, Rückwirkung zu vereinbaren. Dem steht übrigens auch OR 548, Abs. 1 entgegen.
[43] OR 183, Abs. 1.
[44] OR 181, Abs. 2.

werden, inwiefern diese allgemeinen Untergangsgründe auf Gesellschaftsverhältnisse bei der Auflösung durch Übereinkunft angewendet werden können.

Die Neuerung ist die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen [45]. Die Neuerung wird nicht vermutet.

Eine teilweise oder gänzliche Neuerung kann auch bei der Gesellschaft vereinbart werden. Im ersten Falle betrifft die Neuerung nur einzelne gesellschaftliche Verpflichtungen, im zweiten Fall das gesamte Vertragsverhältnis [46].

Die Neuerung betrifft das gesamte Vertragsverhältnis, wenn die Gesellschafter eine neue Gesellschaft eingehen, welche die alte ersetzt [47]. Ob eine Neuerung vorliegt oder nicht, ist Auslegungsfrage. Neuerung liegt jedenfalls dann vor, wenn ein in Gründung begriffener Verein sich Statuten gibt [48]; wenn ein gesellschaftliches Verhältnis in ein dienstvertragliches oder kaufvertragliches; oder wenn eine einfache in eine Kollektiv- oder Aktiengesellschaft [49] umgewandelt wird [50].

Mit der Auflösung durch Übereinkunft haben diese Neuerungstatbestände die Auflösung der Gesellschaft als des ursprünglichen Verhältnisses gemein. Der Unterschied besteht darin, daß bei der Neuerung neben dem Auflösungswillen noch der Wille vorliegt, ein neues Vertragsverhältnis einzugehen. Die Neuerung ist in diesem Sinne weitergehend als die Auflösung durch Übereinkunft.

f) Der Auflösungsvertrag und die Vereinigung.

Treffen die Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person zusammen, so gilt die Forderung als durch Vereinigung erloschen. Wird die Vereinigung rückgängig, so lebt die Forderung wieder auf [51].

Die ursprünglich mehreren Gesellschaftern obliegenden Leistungspflichten können in der Person eines Gesellschafters zusammentreffen. Die Verbindlichkeit gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter, auf die auch Drittberechtigte sich stützen können, geht durch eine solche Vereinigung nicht unter [52]. Besteht eine Gesellschaft aus zwei Gesellschaftern, und ist einer Erbe des andern, so ist beim Tode eines Gesellschafters der Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 2 gegeben. Eine Fortsetzung der Gesellschaft kann in diesem Fall nicht vereinbart werden.

Eine Vereinigung, die die Auflösung der Gesellschaft zur Folge

---

[45] OR 116.
[46] Buser, S. 115.
[47] Becker, N. 5 zu OR 545.
[48] ZGB 62 in Verbdg. mit ZGB 60, Abs. 1.
[49] vgl. Buser, S. 115.
[50] vgl. auch *Rist,* Die Überführung eines kaufm. Geschäftes aus der Unternehmungsform der Kollektivgesellschaft in die Unternehmungsform der Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg, 1925; *Schaerer,* Die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, Diss. Basel, 1923; *Imfeld,* Die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Diss. Freiburg, 1931.
[51] OR 118.
[52] Buser, a. a. O.

hätte, kann, wie *Buser* [53] richtig bemerkt, nur durch Übereinkunft oder Neuerung zustande kommen.

Ein besonders gearteter Fall von Vereinigung ist im Gesetze in Art. 181 OR vorgesehen. Wird ein Geschäft (hier eine Gesellschaft) mit einem andern durch wechselseitige Übernahme von Aktiven und Passiven vereinigt, so stehen die Gläubiger der beiden Geschäfte unter den Wirkungen der Vermögensübernahme (Art. 181 OR) und es wird ihnen das vereinigte Geschäft für alle Schulden haftbar [54].

[53] Buser, S. 116.
[54] OR 182.

§ 4. Die Auflösung durch Zeitablauf und die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft.

Art. 545, Ziff. 5 OR bestimmt: die Gesellschaft wird aufgelöst «durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist».

Die auf *bestimmte* Zeit eingegangene Gesellschaft ist der *unbestimmte* Zeit eingegangenen gegenüberzustellen. Bei jener Sachlage tritt die Auflösung mit Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist, von Gesetzes wegen ein. Bei dieser Sachlage wird die Auflösung durch Kündigung herbeigeführt [1]. Das Kündigungsrecht steht den Gesellschaftern kraft Gesetzes zu.

1. Die vertragliche Befristung des Gesellschaftsverhältnisses und der Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit.

Die Befristung besteht darin, daß die Gesellschafter für das Gesellschaftsverhältnis, eine «bestimmte Lebensdauer aufstellen» [2]. Eine solche Lebensdauer des Gesellschaftsverhältnisses werden die Gesellschafter dann vereinbaren, wenn ihnen die Erreichung des Zweckes binnen bestimmter Frist als möglich erscheint; oder wenn die Eingehung der Gesellschaft große Risiken mit sich bringt und vorerst die Gewinnmöglichkeiten abgetastet werden müssen. Motiv zu einer Befristung des Gesellschaftsverhältnisses kann auch der Umstand sein, daß sich die Gesellschafter bei Eingehung der Gesellschaft nicht gut kennen und vorerst gegenseitig ihre Geschäftskenntnisse prüfen wollen.

Unrichtig wäre es, die befristeten Gesellschaftsverträge als resolutiv bedingte Verträge zu bezeichnen. Die Resolutivbedingung ist eine *ungewisse* Tatsache, von der der Untergang eines Schuldverhältnisses abhängig gemacht wird [3]. Bei befristeten Gesellschaftsverträgen ist aber die Auflösung in einem zukünftigen Zeitpunkt gewiß.

Die Gesellschafter können grundsätzlich eine beliebige Dauer des Gesellschaftsverhältnisses verabreden. Jedoch darf die Vertragsdauer die Grenzen sittlicher Erlaubtheit nicht überschreiten.

[1] OR 545, Ziff. 6.
[2] Blumenstein, Diss., S. 73.
[3] Guhl, S. 38.

Die Grenzen sittlicher Erlaubtheit sind dann überschritten, wenn die vertragliche Bindung eine übermäßig lange ist. Es ist Sache des Richters, in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob die vertragliche Bindung im Hinblick auf Art. 27 ZGB und Art. 20 OR zulässig ist [4]. Nicht übermäßig lang ist nach der Rechtsprechung eine Gesellschaft, die auf die Dauer von 15 Jahren zur Verwertung von eingebrachten und später zu machenden Erfindungen eingegangen wurde [5].

Der Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit führt zur Auflösung, auch wenn bis dahin der Zweck nicht erreicht wurde [6]. Wenn beispielsweise der Vertrag bestimmt, die Dauer der Gesellschaft sei auf 2½ Jahre festgesetzt und es sei auf diesen Endtermin die Gesellschaft zu liquidieren und den Gesellschaftern ihre Einlage nebst Gewinnanteil auszubezahlen, so ist damit eine bestimmte Frist zur Erreichung des Gesellschaftszweckes gesetzt. Damit ist gesagt, daß die Liquidation nach Ablauf der Frist auch dann stattfinden muß, wenn der Gesellschaftszweck inzwischen nicht erreicht worden ist. Keinesfalls folgt aber daraus, daß mit der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern auch dann bis zu dem genannten Zeitpunkte zugewartet werden darf, wenn der Gesellschaftszweck schon früher erreicht worden ist [7]. In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn andere Auflösungsgründe als der erwähnte eintreten.

Die Befristung des Gesellschaftsverhältnisses kann derart beschaffen sein, daß ein in der Zukunft liegender Stichtag maßgebend ist. Gleich ist der Fall zu behandeln, wo die Gesellschafter eine nach Tagen, Wochen oder Monaten bestimmte Dauer vereinbaren. Der Stichtag kann in diesem Fall anhand einer einfachen rechnerischen Operation ermittelt werden. Hiefür sind m. E. die Art. 77 ff. OR entsprechend anzuwenden.

Die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses kann auch von unsicheren zukünftigen Faktoren abhängig gemacht werden. Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn im Gesellschaftsvertrag die Bestimmung enthalten ist, die Gesellschaft löse sich in dem Zeitpunkte auf, in dem der Bauherr den Restbetrag an Honorar und Auslagen bezahlt habe. Diese Vertragsbestimmung kann nach der Rechtsprechung nicht dahingehend ausgelegt werden, daß damit der Wille der Gesellschafter ausgedrückt sei, die Gesellschaft bis zur Erreichung des Gesellschaftszweckes bestehen zu lassen [8].

Verpflichten sich die Kartellmitglieder laut Vertrag, die im Zeitpunkte des Vertragsschlusses vereinbarten Kartellpreise innezuhalten, so kann daraus geschlossen werden, daß die Kartellmitglieder zeitlich nur so lange an den Kartellvertrag gebunden sind, als die Preise nicht abgeändert werden. Die Austrittserklärung eines Kartellmitgliedes muß als gültig betrachtet werden, wenn die Kartellpreise abgeändert werden [9].

---

[4] vgl. unten § 7, Ziff 3, Lit. b.
[5] BlZüR 8, S. 190
[6] Siegwart, N. 16 zu OR 547.
[7] BGE 26, II, 245.
[8] BlZüR 20, S. 78.
[9] VAargR 23, S. 139.

Die genannten Beispiele zeigen zur Genüge, daß, wenn für die Befristung des Gesellschaftsvertrages auf unsichere zukünftige Faktoren abgestellt wird, die Abgrenzung gegenüber der Auflösung wegen Erreichung oder Unerreichbarkeit des Zweckes ziemlich unbestimmt werden kann.

Die zeitliche Bestimmung kann eine absolute sein, oder es kann eine eventuelle Fortsetzung durch die dazu bereiten Gesellschafter zum voraus vorgesehen sein [10]. Dann kommt dies der bloßen Möglichkeit eines Ausscheidens nahe [11]. Eventuelle Fortsetzung durch die dazu bereiten Gesellschafter wird häufig in Kartellverträgen verabredet [12].

Die Befristung ist vom Abschluß des Vertrages an zu rechnen, wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbart wurde [13]. Zu beachten ist, daß streng genommen die Gesellschaft nach außen nicht in Erscheinung tritt; denn die Gesellschaft hat kein Vermögen und keine Firma. Die Abmachung, daß die vereinbarte Dauer der Gesellschaft vom Beginn des Betriebes nach außen an zu rechnen sei, muß wirtschaftlich aufgefaßt werden [14]. Nach der Rechtsprechung sind in dieser Hinsicht beachtlich die Miete von Geschäftsräumlichkeiten oder der Abschluß von Geschäften mit Dritten. Die Zeitdauer ist vom Vollzug der Einlagen der Gesellschafter an zu rechnen, wenn dies im Vertrage ausdrücklich vorgesehen ist [15].

2. Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen vor Ablauf der Vertragsdauer.

Die Möglichkeit der vorzeitigen und sofortigen Auflösung aus wichtigen Gründen ist eine den meisten *Dauerverhältnissen* eigentümliche Korrektur unhaltbar gewordener Bindungen [16]. Ist die Gesellschaft befristet, so kann die vertragliche Bindung für einen Gesellschafter dann untragbar werden, wenn, wie sich das Bundesgericht in einer wiederholt verwendeten Formel [17] ausdrückt «die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde nicht oder nicht mehr vorhanden sind, so daß die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der bei Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich oder wesentlich erschwert oder gefährdet wird» [18]. Ist das Gesellschaftsverhältnis derart gestört, daß die Fortsetzung der Gesellschaft einem Gesellschafter nicht mehr zugemutet wer-

[10] Siegwart, N. 16 zu OR 547; Sem. jud. 15, S. 219.
[11] Siegwart, a. a. O.
[12] Schlatter, S. 72; Gierke, Dauerschuldverhältnisse in Iherings Jahrbücher, Bd. 64, S. 335.
[13] Siegwart, a. a. O.; Journ. trib. 39, S. 239, 40, S. 218.
[14] vgl. die in N. 13 angeführten Urteile.
[15] Siegwart, a. a. O.; BlZüR 8, S. 190.
[16] Siegwart, N. 25 zu OR 547.
[17] BGE 16 S. 777, 20 S. 597, 24 II 193, 30 II 462; vgl. auch Fraefel, S. 59 ff.; Siegwart, N. 29 zu OR 547.
[18] OR 545, Abs. 2.

den kann, so kann er die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der Vertragsdauer aus wichtigem Grund verlangen [19].

3. Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft wird aufgelöst durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist [20]. Mit dieser negativen Feststellung kann sich das Gesetz nicht begnügen. Es hieße an Tatsachen vorbeisehen, wenn nicht auch der Fall geregelt würde, wo die Gesellschafter nach Ablauf der Vertragszeit die Gesellschaft stillschweigend fortsetzen. Der Gesetzgeber hat sich der ihm hier gestellten Aufgabe dadurch entledigt, daß er in Art. 546, Abs. 3 OR bestimmte: «Wird eine Gesellschaft nach Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen worden ist, stillschweigend fortgesetzt, so gilt sie als auf unbestimmte Zeit erneuert.»

a) Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft als faktische Vermutung.

Das Wort «gilt» in Art. 546, Abs. 3 OR legt den Schluß nahe, daß die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft eine Fiktion ist. Beim volkstümlichen Sprachgebrauch des OR kann man dem Wort «gelten» nicht immer den korrekten Sinn der Fiktion beilegen [21]. Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft ist nicht als Fiktion, sondern als faktische gesetzliche Vermutung zu denken. *Es besteht die faktische Vermutung, daß die Gesellschafter den Willen haben, die Gesellschaft fortzusetzen* [22]. Die faktische Vermutung, die Gesellschaft fortzusetzen ist der Widerlegung fähig: einmal, weil es als geboten erscheinen kann, das Unternehmen als Ganzes zu veräußern und den Betrieb in bisheriger Weise provisorisch fortzusetzen, also sich noch nicht auf Liquidationsgeschäfte zu beschränken, oder weil die Fortsetzung sonst auf Zusehen hin erfolgte; dann muß der Gesellschafter nicht auf 6 Monate kündigen, sondern kann sich auf die Auflösung durch Zeitablauf berufen [23].

Die faktische Vermutung, die Gesellschaft fortzusetzen, greift überhaupt nicht Platz, wenn sich die Gesellschafter ausdrücklich auf den Zeitablauf berufen und die Liquidation verlangen oder wenn die Gesellschafter weitere Leistungen verweigern und stillschweigend Liquidationshandlungen vornehmen.

b) Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft als sog. Tathandlung.

Die stillschweigende Fortsetzung setzt voraus, daß ein entsprechender Wille der Gesellschafter vorliegt [24]. Dieser Wille wird nicht rechtsgeschäftlich geäußert; er findet aber seinen Niederschlag in einem tatsächlichen Verhalten der Gesellschafter.

Willensäußerungen, die in einem derart weiten Abstand vom Rechtsgeschäft stehen, aber dennoch einen äußern Erfolg zeitigen,

---

[19] vgl. im übrigen die ergänzenden Ausführungen im § 2, Ziff. 2, Lit. b; § 2, Ziff. 2, Lit. d unter aa; § 3, Ziff. 1; § 6, Ziff. 2.

[20] OR 545, Ziff. 5.

[21] von Tuhr, S. 144.

[22] Becker, N. 7 zu OR 546.

[23] Becker, a. a. O.

[24] Becker, a. a. O.

nennt man in der Rechtswissenschaft *Tathandlungen*[25]. Tathandlungen sind nicht Rechtsgeschäfte; *denn das Gesetz knüpft die Rechtswirkung nicht an die Willensäußerung, sondern an den äußern Erfolg.* Demgemäß tritt bei den Tathandlungen die Rechtswirkung auch ein, wenn sie nicht gewollt ist. Unerheblich ist ferner, ob die Gesellschafter die gesetzliche Rechtswirkung kannten oder nicht.

Aus diesen Gründen ist die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft (als Tathandlung) der vertraglichen Fortsetzung der Gesellschaft gegenüberzustellen.

Nicht um die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft kann es sich handeln, wenn der Zweck der ursprünglichen Gesellschaft erreicht wurde und die Gesellschaft demnach gemäß Art. 545, Ziff. 1 OR aufgelöst wird. In diesem Falle stellt sich bloß die Frage, ob die Gesellschafter nach Erlöschen des ersten Gesellschaftsvertrages einen *neuen* Gesellschaftsvertrag stillschweigend abgeschlossen haben und wenn ja, zu welchen Bedingungen[26]. Die stillschweigende Eingehung eines neuen Gesellschaftsvertrages ist rechtlich möglich. Dies kann nach Art. 1 in Verbindung mit Art. 530 OR nicht bezweifelt werden.

Der Wille, die Gesellschaft fortzusetzen, wird stillschweigend geäußert. Es muß also — prozeßrechtlich gedacht — auf Indizien abgestellt werden, die einen Schluß auf den Fortsetzungswillen der Gesellschafter zulassen. Das Leben ist zu vielgestaltig, als daß hier alle Umstände aufgezählt werden könnten, die einen Schluß auf den Fortsetzungswillen der Gesellschafter zulassen. Ein Fortsetzungswille kann beispielsweise angenommen werden, wenn die Gesellschafter Geschäftsräumlichkeiten weiter mieten, Dienstverträge mit Angestellten verlängern oder überhaupt alles vorkehren, was auch während der ursprünglichen Vertragsdauer in ihrem Pflichtenkreise lag. Immer ist aber zu untersuchen, ob die Handlungen der Gesellschafter nicht als Liquidationshandlungen auszulegen sind. Herrscht Zweifel darüber, wie eine Handlung auszulegen ist, so ist das gesamte Verhalten der Gesellschafter zu würdigen.

Sind Forderung und Einzahlung einer Geldleistung nach Ablauf der ursprünglichen Vertragsdauer Tathandlungen? Wird m. a. W. die Gesellschaft stillschweigend fortgesetzt durch Forderung und Einzahlung einer Einlage? Das Bundesgericht nimmt in einem für die Praxis recht bedeutsamen Entscheid[27] zu dieser Frage Stellung. *Tatbestand:* Im November 1890 wurde von der Kreditbank Winterthur ein «Syndikat zum Ankauf und Verwertung von 5000 Aktien der Eidgenössischen Bank» gebildet. Am 6. November 1890 beteiligte sich die Firma X mit 100 Aktien am Syndikat. Der Syndikatsvertrag enthält u. a. folgende Bestimmun-

[25] von Tuhr, S. 135. Der gemeinsame Oberbegriff des Rechtsgeschäfts und der Tathandlung ist die Willensäußerung i. w. S. Die Willensäußerung i. w. S. ist ihrerseits mit den Vorstellungsäußerungen und rechtlich relevanten Gefühlsäußerungen der Rechtshandlung unterzuordnen. Als Rechtshandlungen werden alle rechtmäßigen Handlungen bezeichnet, welche zivilrechtliche Wirkungen nach sich ziehen.

[26] BGE 25, II, 814.

gen: 1. Das Syndikat tritt in Kraft, wenn mindestens 5000 Stück angemeldet sind. 2. Die Leitung besorgt die Kreditbank Winterthur. Dieselbe ist berechtigt, den An- und Verkauf nach den Verhältnissen festzustellen ..... und überhaupt alles vorzunehmen, was ihr im Interesse des Syndikats geboten erscheint. 3. ... 4. ... 5. Die Syndikatsbeteiligten verpflichten sich, auf Verlangen der Kreditbank jederzeit sofort eine Anzahlung von 15 % des durchschnittlichen Ankaufspreises ihrer betreffenden Syndikatsstücke zu leisten. 6. Die Dauer des Syndikats ist vorläufig auf vier Monate festgesetzt, kann aber auf weitere 1—3 Monate verlängert werden. 7. ... 8. ... Den Beteiligten wird jederzeit über den Stand des Geschäftes Mitteilung gemacht. — Am *20. August 1891* zeigte die Kreditbank Winterthur der Firma X an, daß sie mit Rücksicht auf die stark gewichenen Kurse gezwungen sei, eine Anzahlung von Fr. 80.— für jedes gezeichnete Stück einzufordern. Am gleichen Tage leistete die Firma X diesem Begehren Folge. Das Bundesgericht führt in rechtlicher Beziehung aus:

«Ob nun in der Leistung der am 20. August 1891 von der (Konkursmasse der Kreditbank) verlangten Einzahlung eine Einwilligung zur Prolongation gefunden werden könne, ist davon abhängig, ob die (Firma X) gewußt habe..., daß damals die Dauer des Syndikatsvertrages gemäß Ziffer 6 desselben bereits ihr Ende genommen habe, und daß die auf Grund der von § 5 desselben verlangte Einzahlung zur Voraussetzung gehabt habe, daß trotzdem die Operationen noch nicht beendet seien. Nun ist unbestritten geblieben, daß die (Firma X) gewußt habe, daß das Syndikat mit dem 6. November 1890 in Kraft getreten sei und es ist ..... anzunehmen, daß sie auch gewußt habe, daß die vertragliche Dauer desselben nicht länger als bis zum 1. Juni 1891 gehe..... Es darf auch angenommen werden, daß der (Firma X) nicht habe entgehen können, daß die am 20. August 1891 verlangte Einzahlung als Deckung im Sinne von Ziffer 5 des Vertrages verlangt werde, und daß die (Konkursmasse der Kreditbank) dazu nur berechtigt sei, solange die Operationen noch fortdauern. In dieser Richtung kommt in Betracht, daß der Chef der (Firma X).... Effektensensal ist und daß ..... bei seiner Kenntnis der Syndikatsgeschäfte ihm die Einsicht in seine damaligen Rechte und Pflichten und die Bedeutung seiner Schritte wohl zugemutet werden kann. Wenn die Kreditbank in ihrem Schreiben vom 20. August 1891 erklärte, daß sie sich mit Rücksicht auf die so stark gewichenen Kurse genötigt sehe, eine Einzahlung von Fr. 80.— per gezeichnetes Stück des Syndikates einzuberufen, so konnte die (Firma X) unmöglich etwas anderes annehmen, als daß damit eine Deckung im Sinne von Ziffer 5 des Syndikatsvertrages verlangt werde und sie konnte auch nicht im Zweifel sein, daß ein solches Begehren nur während der Dauer des Syndikats gestellt werden konnte; denn wenn das Syndikat bereits aufgelöst war, konnte von einer solchen verläufigen Deckung nicht mehr die Rede sein, sondern es mußte dann definitiv abgerechnet werden. ... *Wenn sonach die (Firma X) ohne irgendwelche nähere Auskunft zu verlangen und ohne einen Vorbehalt zu machen, die Einzahlung leistete, so muß in der Tat angenommen werden, sie habe selbst angesichts der damaligen Börsen-*

lage eine Verlängerung des Syndikats für angezeigt gehalten und sie sei in diesem Punkt mit der Syndikatsleiterin einverstanden gewesen.»

Klar erhellt aus diesem Urteil, daß die Gesellschaft nur unter denjenigen Gesellschaftern stillschweigend fortgesetzt wird, die Tathandlungen vorgenommen haben. Das gleiche gilt für den Unterbeteiligten eines Gesellschafters. Hat der hauptbeteiligte Gesellschafter Tathandlungen vorgenommen, so kann sich der Unterbeteiligte auf den Ablauf der ursprünglichen Vertragszeit berufen. Der gleichen Auffassung huldigt das Bundesgericht. Es führt in einem Entscheid [28] u. a. folgendes aus:

«Der (Unterbeteiligte) ist durch den Unterbeteiligungsvertrag in kein direktes Rechtsverhältnis zu der Syndikatsleiterin und den Konsortialen getreten; vielmehr ist durch den Unterbeteiligungsvertrag ein Rechtsverhältnis nur zwischen den vertragsschließenden Parteien, dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten begründet worden. Rechte und Pflichten aus dem Syndikatsvertrage waren der Gesellschaft gegenüber vom Hauptbeteiligten auszuüben und zu erfüllen; dagegen war der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten gegenüber berechtigt, die aus dem Syndikatsvertrage sich ergebenden Lasten auf letzteren abzuwälzen und hinwiederum der Unterbeteiligte befugt, zu verlangen, daß der Hauptbeteiligte seine Rechte gegenüber der Gesellschaft wahre und ihm die Vorteile aus dem Syndikatsgeschäfte zuwende. Für den Unterbeteiligten sind dabei selbstverständlich die Syndikatsbestimmungen, wie sie für das Verhältnis des Hauptbeteiligten zur Gesellschaft vereinbart waren, ebenfalls maßgebend. ..... Wenn nun zu der Zeit, wo die Syndikatsleiterin die Einzahlung von Fr. 80.— für jede Aktie ..... einforderte, das Syndikat bereits durch Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen war, sein Ende erreicht hatte, so war die erhobene Forderung eine ungerechtfertigte. § 5 des Syndikatsvertrages, auf welchen die Forderung sich stützte, gilt .... nur für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft. .... Ist nun aber das Syndikat bereits aufgelöst, so kann von einer ..... verlängerten Deckung nicht mehr die Rede sein, sondern es muß .... definitiv abgerechnet werden. (Die Hauptbeteiligte) hat, wenn sie die eingeforderte Deckung geleistet hat, eine Zahlung geleistet, zu welcher der Syndikatsvertrag nicht verpflichtete und welche sie auch vom (Unterbeteiligten) nicht zurückfordern kann.»

c) Die Wirkungen der stillschweigenden Fortsetzung der Gesellschaft.

Wird ein Vertrag nach Ablauf der ursprünglichen Dauer stillschweigend fortgesetzt, so liegt es in der Natur der Sache, daß die Parteien nichts über die Dauer des fortgesetzten Vertrages bestimmen. Das Gesetz hat deshalb normierend einzugreifen:

Werden *Miet- oder Pachtverhältnisse* mit Wissen und ohne Widerspruch des Vermieters oder Verpächters über die vertraglich bestimmte Zeit hinaus festgesetzt, so nimmt das Gesetz Eingehung

[27] BGE 20, S. 242; gleiches Urteil in BlHE 13, S. 17.

[28] BGE 19, S. 277. Es handelt sich um einen Parallelentscheid zu dem in N. 27 angegebenen.

einer Miete auf unbestimmte Zeit und einer Pacht auf ein Jahr an [29].

Wird ein *Dienstvertrag* über den Endtermin hinaus von beiden Parteien stillschweigend fortgesetzt, so bedeutet dies Erneuerung des Dienstvertrages auf dieselbe Zeitdauer, höchstens aber auf ein Jahr [30].

Wird eine *Gesellschaft* nach Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen worden ist, stillschweigend fortgesetzt, so gilt sie als auf unbestimmte Zeit erneuert [31].

Wird die Gesellschaft kraft Gesetzes auf unbestimmte Zeit erneuert, so kann jeder Gesellschafter auf 6 Monate kündigen [32]. Ferner können alle übrigen Auflösungsgründe des Art. 545, Abs. 1 eintreten. Zu erinnern ist auch an das Recht eines Gesellschafters die Gesellschaft aus wichtigem Grund aufzulösen.

Betrachtet man alle einem Gesellschafter zustehenden Rechtsbehelfe, so muß festgestellt werden, daß die gesetzliche Regelung (Erneuerung der Gesellschaft auf unbestimmte Zeit) der Interessenlage der Gesellschafter entspricht und sehr gut ist.

4. Die vertragliche Fortsetzung der Gesellschaft.

Grundlegend für die nachfolgende Betrachtung ist der Unterschied zwischen Tathandlung und Rechtsgeschäft. Diesen Unterschied haben wir oben unter Ziffer 3, Lit. b dieses Paragraphen angetönt. Die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft haben wir als Tathandlung bezeichnet. Die Wirkung der Tathandlung tritt von Gesetzes wegen ein.

Anders verhält es sich mit der vertraglichen Fortsetzung der Gesellschaft. Die faktische Vermutung, daß die Gesellschafter den Willen haben, die Gesellschaft fortzusetzen, greift hier nicht Platz. Denn die Gesellschafter vereinbaren *rechtsgeschäftlich* die Fortsetzung der Gesellschaft. Daraus ergibt sich der wichtige Schluß, daß die Gesellschafter es in der Hand haben, die Gesellschaft erneut zu befristen, oder sie bis zur Erreichung des Zweckes bestehen zu lassen. Sie können die Gesellschaft auch auf Kündigung stellen. *Dagegen darf Erneuerung der Gesellschaft auf unbestimmte Zeit nicht vermutet werden.* Wohl können die Gesellschafter die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit erneuern, aber sie müssen es ausdrücklich vereinbaren.

Die vertragliche Fortsetzung bedarf der Zustimmung *aller* Gesellschafter. Stimmen einzelne Gesellschafter nicht zu, so kann dies, wenn eine vertragliche Vereinbarung vorliegt [33], das Ausscheiden der nicht zustimmenden Gesellschafter zur Folge haben [34]. In diesem Falle kommt das Ausscheiden einzelner Gesellschafter einer *teilweisen Auflösung* gleich [35].

[29] OR 268, 292; Guhl, S. 171.
[30] OR 346; Guhl, S. 194.
[31] OR 546, Abs. 3.
[32] OR 546, Abs. 1.
[33] Fraefel, S. 108.
[34] vgl. Bütschli, Das Recht zum Austritt und zur Ausschließung aus den Verbänden des OR, Diss. Basel, 1924.
[35] Siegwart, N. 46 zu OR 547.

Es kann die Fortsetzung der Gesellschaft auch von einem *Mehrheitsbeschluß* abhängig gemacht werden; aber nur dann, wenn diese Möglichkeit im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vorgesehen wird [36].

Innerhalb gewisser Grenzen kann die Fortsetzung der Gesellschaft vom Entscheid des geschäftsführenden Gesellschafters abhängig gemacht werden. Dieser Satz ist jedoch nicht so zu verstehen, daß der geschäftsführende Gesellschafter die Vertragsdauer willkürlich verlängern könnte. Das Bundesgericht erkennt einem geschäftsführenden Gesellschafter die Befugnis zur Verlängerung der Vertragsdauer nur dann zu, wenn der Vertrag es ausdrücklich vorsieht [37]. Von einer einseitigen Verlängerung kann deshalb nicht gesprochen werden.

Nicht um die vertragliche Fortsetzung der Gesellschaft, sondern um die Eingehung einer neuen Gesellschaft handelt es sich dann, wenn der Zweck der ursprünglichen Gesellschaft erreicht wurde. In diesem Fall stellt sich nur die Frage, ob eine neue Gesellschaft eingegangen wurde [38].

Für Dritte, die als Bürgen oder Eigentümer von Pfändern für Verpflichtungen der Gesellschafter ebenfalls an der Dauer der Gesellschaft interessiert sind, gilt die vertraglich fortgesetzte Gesellschaft als neue, wenn sie nicht auch zugestimmt haben [39].

5. Die Auflösung durch Zeitablauf und die Verjährung.

Die Gesellschaft kann erlöschen durch Verjährung. Die Verjährung ist nach Blumenstein [40] der «Untergang eines Rechtes infolge des während einer bestimmten Zeit sich geltend machenden Mangels jener Tatsachen, welche der Gesetzgeber als Bedingungen für das dauernde Bestehen jenes Rechtes gesetzt hat». War die Gesellschaft befristet, so läuft die Verjährung vom Ende der Befristung an. War die Gesellschaft nicht befristet, oder auf Kündigung gestellt, so beginnt die Verjährung mit dem Tag, auf den die Kündigung erstmals zulässig gewesen wäre [41].

Die Verjährung spielt aber in der Praxis eine geringe Rolle. Denn durch jede Geschäftshandlung unterbrechen die Gesellschafter die Verjährung [42]. Dazu kommen die von den Gläubigern ausgehenden Unterbrechungshandlungen [43]. Geht die Unterbrechung der Verjährung von den Gesellschaftern aus, so können sich auch die Gläubiger auf die Unterbrechung der Verjährung berufen und umgekehrt.

Durch verjährungsunterbrechende Handlungen wird aber die Befristung als solche nicht berührt. Sie läuft, einmal begonnen, ununterbrochen bis zu ihrem Ende.

---

[36] allgemeiner Siegwart, N. 17 zu OR 547.

[37] BGE 19, S. 277 ff.; Siegwart, a. a. O.

[38] BGE 25, II, 814; vgl. die ähnliche Sachlage bei der stillschweigenden Fortsetzung unter Ziff. 4, Lit. b dieses §.

[39] Siegwart, a. a. O.

[40] Blumenstein, Diss., S. 80.

[41] OR 130, Abs. 2.

[42] OR 135, Ziff. 1 ist, auf Gesellschaftsverhältnisse angewandt, ausdehnend zu interpretieren.

[43] OR 135, Ziff. 2.

Die Ausschließung der Verjährung hätte zur Folge, daß aus längst vergessenen Gesellschaftsverhältnissen geklagt werden könnte [44].

[44] Becker, N. 7 zu OR 545.

§ 5. Die Auflösung durch Einwirkung der Gläubiger.

Art. 545, Ziff. 3 OR bestimmt u. a.: Die Gesellschaft wird aufgelöst, «wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt....»

Zwangsverwertung des Liquidationsanteils oder Konkurs eines Gesellschafters sind Auflösungsgründe, die im Interesse der Gläubiger der Gesellschafter aufgestellt sind [1]. Diese Auflösungsgründe wirken von Gesetzes wegen. Wollen diese Auflösungsgründe verstanden werden, so müssen vorerst die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter am gemeinschaftlichen Eigentum kurz gewürdigt werden. Die nachfolgenden Hinweise erheben nicht Anspruch auf vollständige Behandlung des Mit- und Gesamteigentums. Sie geben nur das für meine Abhandlung Wesentliche wieder.

1. Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter am gemeinschaftlichen Eigentum.

a) Das Miteigentum [2].

Der Begriff des Miteigentums (condominium pro indiviso) stammt aus dem römischen Rechte. Mehrere Personen sind Miteigentümer, wenn sie eine Sache nach Bruchteilen und ohne äußerliche Abteilung in ihrem Eigentume haben [3]. Unter den Miteigentümern besteht keine persönliche Beziehung. Es besteht lediglich eine sachenrechtliche Gemeinschaft [4]. Jeder Miteigentümer hat für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers und es kann dieser Anteil von ihm veräußert und verpfändet und von seinen Gläubigern gepfändet werden [5].

b) Das Gesamteigentum [6].

Der Begriff «Gesamteigentum» wurde aus dem germanischen Rechte übernommen, wo er sich in der Familie entwickelt hat und sich nach und nach auch auf andere Gemeinschaften (Ganerben, Volksgenossen, Sippegenossen) ausdehnte [7]. Die Grundlage für die Entstehung des Gesamteigentums bildet immer ein persönliches Band unter den Beteiligten [8]. In Art. 652 ZGB wird das Gesamteigentum wie folgt umschrieben: «Haben mehrere Personen, die

[1] Becker, N. 12 zu OR 545.
[2] ZGB 646 bis 651.
[3] ZGB 646, Abs. 1.
[4] Flachsmann, S. 6.
[5] ZGB 646, Abs. 3.
[6] ZGB 652 bis 654.
[7] Flachsmann, S. 7/8. Vgl. die dort angeführte Literatur.
[8] Flachsmann, a. a. O.

durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, eine Sache kraft ihrer Gemeinschaft zu Eigentum, so sind sie Gesamteigentümer und es geht das Recht eines jeden auf die ganze Sache.» Gesamteigentum wird bei der Gesellschaft vermutet [9].

2. Die Auflösung wegen Pfändung des Liquidationsanteils eines Gesellschafters.

Das Gesamthandvermögen der Gesellschafter ist rechtlich von ihrem Privatvermögen nicht ausgeschieden [10]. Denn nach Art. 544, Abs. 1 OR gehören Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben worden sind, den *Gesellschaftern* gemeinschaftlich nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages. Dies äußert sich in den Beziehungen des einzelnen Gesellschafters zum Gesamteigentum. Solange die Gesellschaft dauert, ist ein Recht auf Teilung oder die Verfügung über einen Bruchteil der Gesellschaftssachen ausgeschlossen [11]. Bei Auflösung der Gesellschaft hat ein Gesellschafter nur Anrecht auf einen Liquidationsanteil. Während der Dauer der Gesellschaft hat ein Gesellschafter nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages Anrecht auf Zinse, Gewinnanteile, Rückerstattung von Auslagen und Honorar [12]. Diese Ansprüche — einschließlich Liquidationsanteil — unterliegen neben dem übrigen Privatvermögn der einzelnen Gesellschafter dem Zugriff der Gläubiger. Auf ein verselbständigtes Gesellschaftsvermögen können die Gläubiger nicht greifen.

Die Gläubiger eines Gesellschafters haben am gemeinsamen Vermögen keine weitergehenden Ansprüche als die Gesellschafter selbst. Sie können daher nicht einzelne Bestandteile des den Gesellschaftern gesamthandschaftlich zustehenden Vermögens pfänden lassen, sondern bloß den Liquidationsanteil [13]. *Zu diesem Zwecke muß vorerst das persönliche Band, das die Gesellschafter verbindet, zerschnitten werden.*

Nach dem Rechte der Kollektivgesellschaft gilt: Ist ein Gesellschafter in Konkurs geraten, so kann die Konkursverwaltung unter Beobachtung einer mindestens sechsmonatigen Kündigungsfrist die Auflösung der Gesellschaft verlangen, wenn die Gesellschaft auf bestimmte Dauer eingegangen wurde. Das gleiche Recht steht dem Gläubiger eines Gesellschafters zu, der dessen Liquidationsanteil gepfändet hat [14].

Ein Kündigungsrecht kommt dem Gläubiger eines (einfachen) Gesellschafters nicht zu, weil nach außen die Gesellschaft nicht als Einheit auftritt. Die geforderte Wirkung, d. h. die Beendigung der Gesellschaft tritt nun dadurch ein, daß das Gesetz die Anhe-

[9] OR 544, Abs. 1 und 2.
[10] Flachsmann, S. 10.
[11] ZGB 653, Abs. 3.
[12] vgl. z. B. OR 532, 537.
[13] Becker, N. 4 zu OR 544; auf den Liquidationsanteil wird natürlich erst zuletzt gegriffen, vgl. SchKG 95; Siegwart, N. 32 ff. zu OR 544.
[14] OR 575, Abs. 1 und 2.

bung der Zwangsverwertung gegen den Liquidationsanteil eines Gesellschafters zum Auflösungsgrund macht [15].

Der Tatbestand dieses Auflösungsgrundes ist nach *Siegwart* [16] erst mit der Versteigerung des Liquidationsanteils erfüllt. Das bloße Verwertungsbegehren (SchKG 116) hat noch nicht diese Wirkung, weil auf dieses Begehren hin noch Verhandlungen stattfinden, die vielleicht die Liquidation unnötig machen [17].

Einfach gestaltet sich die Pfändung von Honoraren und Gewinnanteilen. Denn diese Ansprüche eines Gesellschafters können im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit wertmäßig erfaßt werden. Soll aber — mangels anderen Vermögens — der Liquidationsanteil eines Gesellschafters gepfändet werden, so reichen die allgemeinen Vollstreckungsgrundsätze des SchKG nicht aus. Denn die Pfändung eines Liquidationsanteils ist Pfändung eines *künftigen Wertes*, dessen Entstehung und Höhe von der Mitwirkung des Schuldners selber abhängt [18].

Maßgebend ist die *Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923.*

Diese sehr zweckmäßige Verordnung sieht im wesentlichen folgendes vor: Der Liquidationsanteil soll immer erst in letzter Linie und nur dann gepfändet werden, wenn die bloße Pfändung der auf den betriebenen Gesellschafter allfällig entfallenden Erträgnisse (Zins, Honorar, Gewinnanteil) zur Deckung der in Betreibung gesetzten Forderung nicht genügt [19]. Die periodischen zukünftigen Erträgnisse können nur auf die Dauer eines Jahres zum voraus gepfändet werden [20]. Zuständig zur Pfändung des Liquidationsanteils und der periodischen Erträgnisse ist das Betreibungsamt des Wohnortes des Schuldners [21]. Sowohl die Pfändung des Liquidationsanteils als auch des periodischen Ertrages ist sämtlichen Mitgesellschaftern mitzuteilen, mit der Weisung, in Zukunft fällig werdende auf den betriebenen Gesellschafter entfallende Erträgnisse dem Betreibungsamt abzuliefern [22].

Vor der Verwertung versucht das Betreibungsamt eine gütliche Einigung herbeizuführen [23]. Gelingt dies nicht, so bestimmt die Aufsichtsbehörde das weitere Verfahren [24]. Die Aufsichtsbehörde kann die Versteigerung des Liquidationsanteils anordnen [25]. In diesem Fall erfüllt die Steigerung den Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR. Der Ersteigerer hat Anspruch auf Zuweisung des Liquidationserlöses [26]. Der betreibende Gläubiger wird aus dem Erlös der Versteigerung befriedigt.

[15] Härtsch, S. 78.
[16] Siegwart, N. 11 zu OR 547.
[17] Siegwart, a. a. O.
[18] Siegwart, N. 21 zu OR 544.
[19] VO Art. 3.
[20] VO Art. 1, Abs. 3.
[21] VO Art. 2.
[22] VO Art. 6.
[23] VO Art. 9.
[24] VO Art. 10.
[25] VO Art. 7, 10, 11.
[26] VO Art. 11, Abs. 2.

Nicht anwendbar ist die VO, wenn die Gesellschafter *Miteigentum* vereinbart haben. In diesem Falle gilt die bereits erwähnte Regelung [27] des Art. 646, Abs. 3 ZGB.

3. Die Auflösung wegen Konkurses eines Gesellschafters.

Der Versteigerung des Liquidationsanteils steht im Hinblick auf Art. 545, Ziff. 3 OR die Eröffnung des Konkurses über einen Gesellschafter gleich [28].

Dem Konkurs ist nach *Becker* [29] der Nachlaßvertrag [30] mit Abtretung aller Aktiven an die Gläubiger gleichzustellen. Demnach ist dem Konkurs im Hinblick auf Art. 545, Ziff. 3 OR nicht gleichzustellen der Prozentvergleich [31] und der Stundungsvergleich [32].

Die Konkurseröffnung schafft eine besondere vermögensrechtliche Stellung des konkursiten Gesellschafters. Er wird gleichsam von seiner bisherigen vermögensrechtlichen Lage losgelöst [33]. Durch die Konkurseröffnung verliert der konkursite Gesellschafter die Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht, wohl aber ist er in der Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen beschränkt [34]. Dieser Umstand ist die Erklärung dafür, daß das Gesetz in Art. 545, Ziff. 3 OR den Konkurs und die Bevormundung eines Gesellschafters als Auflösungsgründe in einem Atemzuge nennt. Wird die Gesellschaft wegen Konkurses eines Gesellschafters aufgelöst, so wird der Liquidationsanteil des konkursiten Gesellschafters zur Masse gezogen. In gleicher Weise wird der ideelle Anteil des Konkursiten zur Masse gezogen, wenn die Gesellschafter Miteigentum vereinbart haben.

Für den Fall der Bevormundung eines Gesellschafters gilt der Satz, daß eine Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart werden kann [35]. Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Betriebenen, mit der Konkursmasse oder mit dem Ersteigerer des Liquidationsanteils kann nicht durch *vorherige* Abrede erzwungen werden [36]. Dagegen kann unter Mitwirkung aller Beteiligten eine Fortsetzung vereinbart werden [37].

---

[27] vgl. Ziff. 1, Lit. a dieses §.

[28] OR 545, Ziff. 3; vgl. für die Behandlung von Miteigentum und Gesamteigentum im Konkurs das Kreisschreiben des Plenums des Bundesgerichts vom 1. Februar 1926.

[29] Becker, N. 12 zu OR 545.

[30] Blumenstein, Handbuch, S. 897: Der Nachlaßvertrag ist «eine den Bedürfnissen des Schuldners besonders rechnungtragende, seine wirtschaftliche Existenz möglichst schonende Art der Zwangsvollstreckung», d. h. ein «Surrogat» der letztern.

[31] Blumenstein, a. a. O., S. 919.

[32] Blumenstein, a. a. O.

[33] Blumenstein, a. a. O., S. 693.

[34] Blumenstein, a. a. O., S. 694.

[35] vgl. oben § 6, Ziff. 2.

[36] Siegwart, N. 11 zu OR 547; Wespi, S. 92; Schaerer, S. 143.

[37] vgl. VO insbesondere Art. 10, 11; Siegwart, a. a. O.; Becker, N. 13 zu OR 545.

§ 6. Die Auflösung wegen Bevormundung eines Gesellschafters und die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Bevormundeten.

Art. 545, Ziff. 3 OR bestimmt u. a., daß die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn ein Gesellschafter bevormundet wird. Dieser Auflösungsgrund wirkt von Gesetzes wegen. Die Bevormundung eines Gesellschafters bildet einen Auflösungsgrund und nicht bloß einen Kündigungsgrund [1]. Aus dem Gesetzestexte erhellt, daß nur die Bevormundung eines Gesellschafters *nach* Abschluß des Gesellschaftsvertrages den Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR erfüllt.

Zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages und zur Vornahme der mannigfaltigen Rechtshandlungen, die ein Gesellschaftsvertrag mit sich bringt, bedürfen die Gesellschafter der Handlungsfähigkeit. Ist ein Beteiligter beim Vertragsabschluß handlungsunfähig, so ist für ihn der abgeschlossene Vertrag einseitig unverbindlich [2]. Unter Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter kann jedoch auch ein Handlungsunfähiger einen Gesellschaftsvertrag eingehen [3]. Die Eingehung eines Gesellschaftsvertrages durch einen Handlungsunfähigen braucht hier weiter nicht verfolgt zu werden. Ein knapper Hinweis darauf war aber der Abgrenzung wegen nötig.

1. Die Auflösung wegen Bevormundung eines Gesellschafters.

Das Gesetz begnügt sich mit der Feststellung, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn ein Gesellschafter «bevormundet» wird. Welches ist die sachliche Tragweite des Wortes «bevormundet»?

Unser Vormundschaftsrecht weist vier Institute auf: die Vormundschaft [4], die Beistandschaft (Vertretungs- und Vermögensbeistandschaft) [5], die Mitwirkungsbeiratschaft [6] und die Verwaltungsbeiratschaft [7].

Hat nun das Wort «bevormundet» in Art. 545, Ziff. 3 OR nur die Bevormundung im eigentlichen Sinne im Auge; oder auch die Beistandschaft und die Beiratschaft? Diese Frage stellt sich deshalb, weil das OR sehr oft einen untechnischen und volkstümlichen Sprachgebrauch aufweist. Die Antwort auf die gestellte Frage ergibt sich aus dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Auflösung wegen Bevormundung eines Gesellschafters verfolgt. Der Gesetzgeber hat die Bevormundung eines Gesellschafters deshalb als Auflösungsgrund aufgestellt, weil er — der Gesetzgeber — den Mitgesellschaftern nicht zumutet, sich während der Restdauer der Gesellschaft statt mit dem Gesellschafter mit dessen gesetzlichen Vertreter abzufinden [8].

---

[1] E. Luz. Ob. Ger. 1918; Siegwart, N. 3 zu OR 530.
[2] ZGB 19.
[3] Siegwart, a. a. O.; ZGB 422, Ziff. 3.
[4] ZGB 368 ff.
[5] ZGB 392, 393.
[6] ZGB 395, Abs. 1.
[7] ZGB 395, Abs. 2.
[8] Becker, N. 15 zu OR 545.

Unzweifelhaft ist, daß die Bevormundung im eigentlichen Sinne den Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR erfüllt.

Erfüllt auch die Beiratschaft den Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR? Die verbeiratete Person wird in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt [9]. Die unter *Mitwirkungsbeiratschaft* gestellte Person bedarf der Zustimmung des Beirates u. a. zum Kauf und Verkauf von Grundstücken und Wertpapieren [10], zur Prozeßführung und zum Abschluß von Vergleichen [11], zur Entgegennahme von Kapitalzahlungen [12], zur Eingehung wechselrechtlicher Verbindlichkeiten [13]. Alle diese Mitwirkungsfälle kann der Gesellschaftsbetrieb mit sich bringen. Es kann den Mitgesellschaftern nicht zugemutet werden, daß der ihnen fremde Beirat eines Gesellschafters gesellschaftliche Rechte ausübe. Die Mitwirkungsbeiratschaft erfüllt also den Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR. Immerhin ist eine Ausnahme dann zu machen, wenn der verbeiratete Gesellschafter nicht geschäftsführend tätig ist, nur Anteil am Gewinn, nicht aber am Verluste [14] hat. Die Mitwirkung des Beirates bei der Entgegennahme des Honorars kann in diesem Fall den übrigen Gesellschaftern sehr wohl zugemutet werden [15].

Gleich wie die Mitwirkungsbeiratschaft ist im Hinblick auf Art. 545, Ziff. 3 OR die *Verwaltungsbeiratschaft* zu behandeln. Denn wenn gemäß Art. 395, Abs. 2 ZGB dem unter Verwaltungsbeiratschaft gestellten Gesellschafter die Verwaltung seines Vermögens entzogen wird, so ist er in seiner geschäftlichen Tätigkeit zu sehr eingeengt, als daß er weiterhin die mannigfaltigen Rechtshandlungen, die der Gesellschaftsbetrieb mit sich bringen kann, allein vornehmen könnte.

Im Gegensatz zur Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft erfüllt die *Vertretungsbeiratschaft* [16] den Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR nicht. Ein Vertretungsbeistand wird ernannt, wenn eine Person in einer dringenden Angelegenheit infolge von Krankheit, Abwesenheit oder dergleichen weder selbst zu handeln, noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag. Die Handlungsfähigkeit des Gesellschafters wird durch die Vertretungsbeistandschaft nicht berührt. Da die Aufgabe des Vertretungsbeistandes eine vorübergehende und sehr oft einmalige ist, darf den übrigen Gesellschaftern zugemutet werden, daß der Vertretungsbeistand gesellschaftliche Rechte ausübe. M. E. sind die übrigen Gesellschafter verpflichtet [17], das Gesuch um Ernennung eines Vertretungsbeistandes der Vormundschaftsbehörde einzureichen.

Erfüllt die *Vermögensbeistandschaft* nach ZGB 393, Ziff. 1 den Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR? Bei längerer Abwesenheit einer Person mit unbekanntem Aufenthalt hat die Vormund-

[9] ZGB 395.
[10] ZGB 395, Ziff. 2 und 3.
[11] ZGB 395, Ziff. 1
[12] ZGB 395, Ziff. 6.
[13] ZGB 395, Ziff. 8.
[14] OR 533, Abs. 3.
[15] vgl. ZGB 395, Ziff. 6.
[16] Es kommt hier nur ZGB 391, Ziff. 1 in Frage.
[17] siehe oben § 3, Ziff. 2, Lit. a.

schaftsbehörde einen Beistand zu ernennen, wenn dem Vermögen der abwesenden Person die nötige Verwaltung fehlt. Bei Beginn der Abwesenheit eines Gesellschafters werden sich die übrigen Gesellschafter mit einem Vertretungsbeistand behelfen. Dauert die Abwesenheit aber längere Zeit an, so müßte der Vermögensbeistand *dauernd* die gesellschaftlichen Rechte des abwesenden Gesellschafters wahrnehmen. Diese dauernde Mitwirkung des Vermögensbeistandes kann den Gesellschaftern ebensowenig zugemutet werden, wie die Mitwirkung eines Vormundes. Die Ausnahmen von der Regel dürften aber auch hier recht zahlreich sein. Trotzdem ein Vermögensbeistand bestellt wird, ist m. E. der Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 3 OR nicht erfüllt, wenn der abwesende Gesellschafter nur eine untergeordnete Rolle spielte. Wenn umgekehrt der geschäftsführende Gesellschafter längere Zeit mit unbekanntem Aufenthalt abwesend ist, so kann man sich fragen, ob die übrigen Gesellschafter seiner Abwesenheit wegen die Auflösung aus wichtigem Grund verlangen können. Zu prüfen wäre auch, ob Unerreichbarkeit des Zweckes angenommen werden kann. Eine allgemein gültige Lösung gibt es nicht.

Dauert die nachrichtenlose Abwesenheit eines Gesellschafters 5 Jahre, oder ist er seit einem Jahr in hoher Todesgefahr verschwunden, so kann er nach Durchführung eines gerichtlichen Aufgebotsverfahrens für verschollen erklärt werden [18]. Die Verschollenerklärung ist dem Tode eines Gesellschafters gleichzustellen. Der Auflösungsgrund des Art. 545, Ziff. 2 OR ist in diesem Falle gegeben.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Das Wort «bevormundet» in Art. 545, Ziff. 3 OR ist nicht als Bevormundung im eigentlichen Sinne zu verstehen. Das Wort «bevormundet» begreift in der Regel auch die Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft, sowie die Vermögensbeistandschaft.

2. Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Bevormundeten.

Stirbt ein Gesellschafter, so wird die Gesellschaft aufgelöst, wenn nicht für diesen Fall schon vorher vereinbart worden ist, daß die Gesellschaft mit den Erben fortbestehen soll [19]. Wird ein Gesellschafter bevormundet, so frägt es sich, ob die Gesellschaft mit dem Bevormundeten fortgesetzt werden kann, wenn es die Gesellschafter vereinbaren. Im Unterschied zur Auflösung wegen Todes eines Gesellschafters erwähnt das Gesetz bei der Auflösung wegen Bevormundung eines Gesellschafters die Möglichkeit der Fortsetzung nicht. In der Literatur ist man sich aber darüber einig, daß dies möglich ist [20]. Wenn nämlich die Fortsetzung der Gesellschaft trotz des Ablebens eines Gesellschafters möglich ist, dann muß das auch zutreffen, wenn einem Gesellschafter bloß gewisse Fähigkeiten abgehen, wie dies bei der Bevormundung der Fall ist. Es wird zwar eine diesbezügliche Vorausbestimmung wohl kaum je in einem Vertrage sich finden lassen, da die Gesellschafter den

[18] ZGB 35 ff.
[19] OR 545, Ziff. 2.
[20] vgl. Becker, N. 15 zu OR 545; Guhl, S. 255; Siegwart, N. 12 zu OR 547.

Eintritt eines solchen Verhältnisses regelmäßig nicht voraussehen. In Frage kommt somit hier lediglich die ausdrückliche oder stillschweigende Fortsetzung nach Eintritt des Auflösungsgrundes [21]. Solange die Auseinandersetzung noch nicht beendet ist, können die andern Gesellschafter mit dem Vormund die Fortdauer der Gesellschaft vereinbaren [22]. Die Vereinbarung bedarf gemäß Art. 422, Ziff. 3 ZGB der Bestätigung der Aufsichtsbehörde, weil die gleichen Interessen auf dem Spiele stehen, wie beim Eintritt in eine Gesellschaft [23].

Nur der Zustimmung des Vormundes bedarf es dann, wenn der Bevormundete keine Kapitalien einzuwerfen hat, nur am Gewinn beteiligt ist und nicht persönlich haftet, was allerdings selten der Fall sein dürfte.

Wird ein Gesellschafter verheiratet, so bedarf er an sich keiner Zustimmung zu der Fortsetzung des Gesellschaftsvertrages. Doch ist eine Gesellschaft, in die er noch Grundstücke oder Wertpapiere einzuwerfen hat einem Verkauf, eine Gesellschaft in die er noch Geld einzulegen hat, einem Darlehen und die Entgegennahme des Liquidationsbetreffnisses einer Kapitalauszahlung gleichzustellen [24]. In diesen Fällen ist die Mitwirkung des Beirates notwendig [25].

Besonderer Erörterung bedarf in diesem Zusammenhange der *Einfluß der Verheiratung einer Gesellschafterin.* Eine Gesellschafterin, die sich verheiratet, bedarf der ausdrücklichen oder auch bloß stillschweigenden Einwilligung ihres Ehemannes zur Fortsetzung der Gesellschaft [26]. Dies ergibt sich aus Art. 167, Abs. 1 ZGB. Verweigert der Ehemann die Einwilligung zur Fortsetzung der Gesellschaft, so kann die Ehefrau vom Richter zur Fortsetzung ermächtigt werden, wenn sie beweist, daß dies im Interesse der ehelichen Gemeinschaft oder der Familie geboten ist [27]. Verweigert der Ehemann die Zustimmung, oder ruft die Gesellschafterin bei Nichtzustimmung ihres Ehemannes den Richter nicht an, so hat die nunmehr verheiratete Gesellschafterin die Gesellschaft auf den nächstmöglichen Termin zu künden [28]. Unter Umständen bietet die Verheiratung für die Gesellschafterin, seltener für die andern Gesellschafter, einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung [29].

[21] Wespi, S. 92.
[22] Becker, N. 15 zu OR 545.
[23] Becker, a. a. O.
[24] Siegwart, N. 9 zu OR 530.
[25] ZGB 395, Ziff. 2, 3, 5 und 6.
[26] Brand in ZbJV 41, S. 468.
[27] ZGB 167, Abs. 2.
[28] Siegwart, N. 16 zu OR 530.
[29] Siegwart, a. a. O.

§ 7. Die Auflösung durch Kündigung.

1. Die Kündigung im allgemeinen und die Kündigung der Gesellschaft im besondern.

Die Kündigung ist nach von Tuhr [1] «ein einseitiges Rechtsgeschäft, sei es des Gläubigers, sei es des Schuldners, durch welches ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht ausgeübt wird». Das auf Gesellschaftsverhältnisse zugeschnittene Kündigungsrecht der Gesellschafter beruht in der Regel auf Vertrag (siehe Ziffer 3, Lit. a) oder auf gesetzlicher Vorschrift (siehe Ziffer 3, Lit. b). Infolge einer Kündigung tritt die Auflösung der Gesellschaft nicht sofort ein, sondern erst nach Ablauf eines vom Eintreffen der Kündigungserklärung an zu berechnenden Zeitraums, der sog. Kündigungsfrist (siehe Ziffer 4), deren Dauer durch den Vertrag oder durch das Gesetz bestimmt wird.

Allgemein gilt: Die vom Gläubiger ausgehende Kündigung enthält eine Verfügung über die Forderung und erfordert daher außer der zu jedem Rechtsgeschäft nötigen Handlungsfähigkeit, die Verfügungsmacht über die Forderung [2]. Die Kündigung nach Gesellschaftsrecht ist ein Mittel, das den Gesellschaftern die Auflösung der Gesellschaft ermöglicht [3]. Auch der kündigende Gesellschafter bedarf der Handlungsfähigkeit. Dagegen hat er — was sich aus dem Wesen der Gesellschaft ergibt — allein nicht die Verfügungsmacht über das Gesellschaftsverhältnis. Kraft Gesetzes genügt aber seine Mitgliedschaft.

Die Kündigung ist als Gestaltungsgeschäft unwiderruflich und unanfechtbar. Denn die Gesellschafter müssen sich auf den Bestand der Erklärung, von der sie betroffen werden, verlassen können [4]. Auch im Einverständnis aller Gesellschafter kann eine Kündigung nicht mehr zurückgenommen werden, wenn ihre Wirkungen bereits eingetreten sind. Eine Gesellschaft, die durch Kündigung aufgelöst wird, kann nicht wiederhergestellt, sondern nur durch einen neuen Vertrag desselben Inhaltes ersetzt werden [5]. Dagegen kann eine Kündigung *vor* Eintritt des Termins auf den gekündigt ist, durch Vereinbarung der Gesellschafter aufgehoben werden.

Zur wirksamen Beweissicherung wird die Kündigung meist schriftlich vorgenommen. Die Kündigung ist aber auch formlos gültig. Es genügt, wenn der Kündigungswille deutlich genug zum Ausdruck kommt [6]. Nach der Rechtsprechung trifft dies zu, wenn ein Gesellschafter auf Teilung des — in Miteigentum stehenden — einzigen Gesellschaftsaktivums klagt [7].

Die Kündigung ist ein empfangsbedürftiger Rechtsakt und

---

[1] von Tuhr, S. 450.
[2] von Tuhr, S. 451.
[3] Siegwart, N. 18 zu OR 547.
[4] von Tuhr, S. 125.
[5] von Tuhr, a. a. O.; nach BGE 31, II, 53 können die Gesellschafter die Fortsetzung des gekündeten Vertrages in unveränderter oder veränderter Form einstimmig beschließen.
[6] Becker, N. 19 zu OR 545; Siegwart, N. 23 zu OR 547.
[7] BlZüR 12. S. 113, gleiches Urteil in SJZ 10, S. 258; Becker, N. 19 zu OR 545; Siegwart, N. 23 zu OR 545.

muß daher gegen alle Mitgesellschafter, die nicht selbst an der Kündigung teilnehmen, gerichtet sein [8]. Wurde ein Gesellschafter übergangen, so kann eine Kündigung ihm gegenüber innert nützlicher Frist nachgeholt werden. Wurde der Kündigungswille durch eine Klage auf Liquidation zum Ausdruck gebracht, so hat sich die Klage gegen alle widerstrebenden Gesellschafter zu richten [9]. Es gehört zu den Aufgaben des geschäftsführenden Gesellschafters, Kündigungen, die ihm gegenüber ausgesprochen werden, als Bote des kündigenden Gesellschafters an alle übrigen Gesellschafter weiterzuleiten [10].

2. Die Auflösung durch Kündigung und der Rücktritt vom Vertrag.

Kann die Gesellschaft durch *Rücktritt* endigen? Der Rücktritt vom Vertrag ist nach von Tuhr [11] die «Ausübung eines aufhebenden Gestaltungsrechts durch einseitiges Rechtsgeschäft (Erklärung an den Vertragsgegner)». Durch den Rücktritt wird das Schuldverhältnis ex tunc aufgehoben, d. h. so, daß die Forderungen aus demselben erlöschen und eine Verpflichtung zur Rückgabe der bereits vorgenommenen Leistungen entsteht.

Im allgemeinen steht den Gesellschaftern kein Rücktrittsrecht zu. Denn eine Wiederherstellung des vorvertraglichen Zustandes ist nicht möglich. Außerdem ist zu beachten, daß Gläubigerinteressen zu schützen sind. Dies wäre nicht möglich, wenn die Gesellschafter durch aufhebendes Gestaltungsrecht das Gesellschaftsverhältnis rückwirkend aufheben könnten. Die Gesellschafter sind daher an die Kündigungsfristen, seien es gesetzliche oder vertragliche, gebunden. Der «Rücktritt» von der Gesellschaft untersteht nicht den Art. 107 ff. OR, wo der Rücktritt vom Vertrag (wegen Nichterfüllung) in seinen wesentlichen Zügen geregelt ist, sondern dem Art. 545 OR [12].

Ein besonders geartetes einseitiges Rücktrittsrecht anerkennt das Bundesgericht bei Gesellschaften mit Bindungen stark moralischer Art. Eine Gesellschaft mit Bindungen stark moralischer Art liegt beispielsweise vor, wenn die Gesellschafter die gemeinsame Betreibung einer Strafklage gegen einen gemeinsamen Gegner vereinbaren. Eine solche Vereinbarung stellt sich als einfache Gesellschaft dar. Das Bundesgericht führt in seinem grundlegenden Entscheid [13] aus:

«Ein solcher Gesellschaftsvertrag ist an sich nicht als widerrechtlich oder unsittlich zu bezeichnen, wenn er nicht von den Beteiligten gegen besseres Wissen, oder gar in böser Absicht abgeschlossen wurde..... Es frägt sich aber, ob der an und für sich zulässige Vertrag nicht angesichts seines Inhaltes das Recht des beliebigen Rücktritts für die Gesellschafter an sich geschlossen habe.

---

[8] BGE 52, III, 6, gleiches Urteil in BlZüR 25, S. 329 und Praxis 15, Nr. 43.
[9] BGE 38, II, 509; Becker, a. a. O.
[10] Siegwart, a. a. O.
[11] von Tuhr, S. 563.
[12] BGE 49, II, 491.
[13] BGE 48, II, 439.

Über den Austritt aus einer solchen Gelegenheitsgesellschaft enthält das OR keine besondere Bestimmung. Die allgemeinen Vorschriften über die Beendigung der einfachen Gesellschaft (Art. 545 ff.) sehen die Auflösung aus einem wichtigen Grunde vor. *Allein zu den Austrittsmöglichkeiten des Art. 545 gesellt sich Art. 27, Abs. 2 ZGB, welcher bestimmt, daß niemand sich im Gebrauch seiner Freiheit in einem, das Recht und die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken könne.*

Nun bedarf es keinen weiteren Nachweises, daß es sich bei dem in Rede stehenden Gesellschaftszweck — der gemeinsamen Durchführung einer Strafklage — um ein Geschäft handelt, das sich bezüglich der moralischen Verantwortlichkeit von den Geschäften des gewöhnlichen Verkehrs in ganz wesentlichem Maße unterscheidet; denn wenn ein Privater eine Strafklage erhebt, so tut er es nicht nur auf seine rechtliche, sondern insbesondere auf seine moralische Verantwortlichkeit hin. Hinsichtlich dieser letztern muß ihm aber sein eigenes Urteil unbeschränkt gewahrt werden. Es ließe sich mit dem Persönlichkeitsschutz des ZGB nicht vereinbaren, daß dem Befinden des einzelnen in dieser Beziehung vertragliche Schranken auferlegt würden; eine die freie Entschließung hemmende vertragliche Bindung erwiese sich als eine unzulässige Freiheitsbeschränkung im Sinne von Art. 27, Abs. 2 ZGB. *Hieraus folgt, daß der jederzeitige Rücktritt von einer solchen gesellschaftlichen Vereinigung dem einzelnen zustehen muß, und zwar ohne daß er gehalten wäre, die objektive Begründetheit dieses Schrittes nachzuweisen; es genügt, daß es mit seinem moralischen Empfinden nicht in Einklang stand, an der gemeinsamen Durchführung der Strafklage in Anbetracht der Umstände weiter mitzuwirken.* Indem die Parteien eine Konventionalstrafe für den einseitigen Rücktritt von der Vereinbarung vom 29. März 1921 stipulierten, verletzen sie also den Grundsatz der Freiheit des persönlichen Entschlusses. Die Konventionalstrafe ist deshalb nicht gültig.»

Das aus Art. 27, Abs. 2 ZGB sich ergebende Rücktrittsrecht ist eigener Art: Dieses Rücktrittsrecht wirkt wie die Kündigung der Gesellschaft (Art. 545, Ziff. 6 OR) nur ex nunc [14]. Der Rücktritt nach Art. 27, Abs. 2 ZGB hat deshalb nicht die Befreiung des «austretenden» Gesellschafters von den bisher eingegangenen Verbindlichkeiten zur Folge [15]. Die Willenserklärung, durch welche ein Schuldverhältnis mit Wirkung ex nunc aufgehoben wird heißt *Widerruf* und hat die Natur einer fristlosen Kündigung [16]. Das vom Bundesgericht so genannte Rücktrittsrecht (nach Art. 27, Abs. 2 ZGB) kann deshalb als fristlose Kündigung aufgefaßt werden.

3. Die Begründung des Kündigungsrechtes.

a) Das vertragliche Kündigungsrecht.

Nach Art. 545, Ziff. 6 OR kann die Kündigung im Gesellschaftsvertrage vorbehalten werden. Die Gesellschafter werden eine Kündigung vertraglich vorbehalten, wenn ihnen das zweckmäßig er-

[14] im Unterschied zum Rücktritt vom Vertrag gemäß OR 107 ff.
[15] vgl. BGE 49, II, 492.
[16] vgl. von Tuhr, S. 562.

scheint. Zweckmäßig ist die Verabredung eines Kündigungsrechtes beispielsweise dann, wenn die Erreichung des Zweckes unsicher ist. Durch vertraglichen Vorbehalt einer Kündigung können die Gesellschafter die sehr oft schwierige Frage umgehen, ob Unerreichbarkeit des Zweckes gegeben sei oder nicht. Ein Gesellschafter, der nicht mehr gebunden sein will, wird in diesem Fall nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages kündigen.

Der vertragliche Vorbehalt der Kündigung muß mit andern Vertragsbestimmungen übereinstimmen. Es ist nicht jede beliebige Kombination denkbar. Haben die Gesellschafter beispielsweise eine bestimmte Dauer des Gesellschaftsverhältnisses vereinbart, so können sie daneben nicht noch ein Kündigungsrecht vorbehalten [17]. Eines scheint mir das andere auszuschließen. Denkbar und bei gegebenen Verhältnissen sehr zweckmäßig ist die Verabredung einer bestimmten Vertragsdauer, nach Ablauf derer die Gesellschaft beliebig gekündigt werden kann. Denkbar ist ferner der vertragliche Vorbehalt der Kündigung in folgender Gestalt: Die Gesellschafter vereinbaren lediglich ein freies Kündigungsrecht; damit erhält die Gesellschaft überhaupt ihre einzige zeitliche Befristung; oder die Gesellschafter vereinbaren zwar einen Endtermin, der sich aber nur auswirkt, wenn auf denselben hin gekündigt wird [18]. Weitere Beispiele, die hier nicht aufgezählt werden können, bieten die jeweiligen Gesellschaftsverträge in überreicher Fülle.

Kann die Zulässigkeit der Kündigung von Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden [19]? Die Gesellschafter vereinbaren beispielsweise, daß die Auflösung der Gesellschaft von jedem Gesellschafter verlangt werden kann, «sobald sich dessen Einlagekapital durch Verluste bis zur Hälfte vermindert hat» [20]; oder wenn das «Geschäft während zwei Jahren nicht einmal die Jahreszinsen samt Spesen abwerfen sollte» [21]. Die Abmachung, wonach die Zulässigkeit der Kündigung vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht wird, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes gültig [22]. Die vor Eintritt der Bedingung vorgenommene Kündigung hat den sich weigernden Gesellschaftern gegenüber keine Wirkung. Den Gesellschaftern steht es aber frei, die Gesellschaft durch Übereinkunft aufzulösen [23].

Ist die Kündigung nach Vertrag zulässig, sobald Verluste von bestimmter Höhe eingetreten sind, so geht das Kündigungsrecht nicht dadurch verloren, daß nicht sofort Gebrauch davon gemacht wird, sondern trotz der Verluste zunächst noch eine Fortführung

---

[17] a. M. Sem. jud. 25, S. 249; vgl. auch Siegwart, N. 19 zu OR 547; für unsere Ansicht spricht auch OR 347, Abs. 1.

[18] Siegwart, a. a. O.

[19] Davon ist zu unterscheiden die bedingte Kündigung, wie z. B. die Kündigung unter der Bedingung, daß sich der kündigende Gesellschafter an einem andern Unternehmen beteiligen könne. Eine solche bedingte Kündigung ist unzulässig. Vgl. von Tuhr, S. 124.

[20] BGE 12, S. 196.

[21] BGE 15, S. 820; vgl. auch BGE 20, S. 576, 28, II, 275.

[22] vgl. die in NN. 21 und 22 angeführten Urteile.

[23] OR 545, Ziff. 4.

auf Grund neuer Leistungen versucht wird. Das Zürcherische Handelsgericht führt dazu aus [24]:

«Hierin wäre nun nicht sowohl eine neue Interpretation des ..... Vertrages zu erblicken, als vielmehr die Behauptung eines bedingten oder befristeten Verzichtes des Klägers auf sein vertragliches Kündigungsrecht. Ein derartiger Verzicht folgt indes durchaus nicht ohne weiteres aus der Erhöhung des (Einlage-) Kapitals; denn der Kläger machte damit nur von einem ihm ausdrücklich eingeräumten Rechte Gebrauch, ohne daß sein Kündigungsrecht im Vertrag für diesen Fall irgendwie modifiziert worden wäre.»

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts braucht das Kündigungsrecht nicht für alle Gesellschafter das gleiche zu sein [25]. Es kann beispielsweise einem Gesellschafter ein freies Kündigungsrecht eingeräumt werden, während die andern Gesellschafter bis zum Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen worden ist, gebunden sein sollen [26]. Doch kann eine sehr große Ungleichheit zusammen mit einer Zurückstellung auch in andern Punkten einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen [27].

b) Das gesetzliche Kündigungsrecht.

Neben dem vertraglichen Kündigungsrecht sieht Art. 545, Ziff. 6 OR auch noch ein gesetzliches Kündigungsrecht für den Fall vor, daß die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist.

Ist eine Gesellschaft vertraglich auf Kündigung gestellt, so kann das Kündigungsrecht von allerlei Bedingungen abhängig gemacht werden. Nicht selten hat der Kündigende den Verbleibenden eine Entschädigung, ein Austrittsgeld zu bezahlen [28]. Solches ist ausgeschlossen in den Fällen der Gesellschaft auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters. Das Recht zur Kündigung ist gesetzlich garantiert, es darf weder ausgeschlossen, noch unnütz erschwert werden [29]. Die Kündbarkeit der auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossenen Verträge ist *zwingenden Rechtes.*

aa) Die Kündigung der auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft.

Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit eingegangen, wenn die Gesellschafter dies ausdrücklich vereinbaren. Ohne solche ausdrückliche Vereinbarung ist die Gesellschaft dann auf unbestimmte Zeit eingegangen, wenn die Erreichung des Zweckes nur durch eine dauernde vertragliche Bindung ermöglicht werden kann. Dies trifft für die Kartelle zu [30]. Als Gesellschaft auf unbestimmte Dauer wird auch die ursprünglich befristete Gesellschaft behandelt,

[24] BlHE 10, S. 163.
[25] BGE 20, S. 581; Siegwart, a. a. O.
[26] BGE 20, S. 581.
[27] BGE 39, II, S. 544; Siegwart, a. a. O.
[28] Wespi, S. 94; Flechtheim, 339, A. 19.
[29] Wespi, a. a. O.
[30] Schlatter, S. 72; eine vertragliche Befristung ist selbstverständlich auch hier möglich.

wenn sie nach Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen worden ist, stillschweigend fortgesetzt wird [31]. Gleich sind die Fälle zu behandeln, wo eine erforderliche Kündigung nicht vorgenommen wurde; oder wo ein vorgesehener Auflösungsbeschluß [32] nicht gefaßt wurde.

In allen diesen Fällen ist die Kündigung zwingenden Rechtes [33]. Die Kündigung soll jedoch in guten Treuen und nicht zur Unzeit geschehen und darf, wenn jährliche Rechnungsabschlüsse vorgesehen sind, nur auf das Ende eines Geschäftsjahres erfolgen [34].

bb) Die Kündigung der auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangenen Gesellschaft.

Die Bindung eines Gesellschafters auf Lebenszeit schränkt in wirtschaftlichen Dingen seine Freiheit so sehr ein, daß sie — die Bindung auf Lebenszeit — vor Art. 27, Abs. 2 ZGB ohne sichernde Kautelen nicht bestehen könnte. Art. 27, Abs. 2 ZGB bezweckt den Schutz der vertragsschließenden Partei vor sich selbst. Eine Bindung des Gesellschafters auf Lebenszeit kann nur dann anerkannt werden, wenn ein überwiegendes ethisches Interesse sie fordert [35]. Für das Gesellschaftsrecht trifft diese Voraussetzung regelmäßig nicht zu. Immerhin sind solche Gesellschaftsverträge nicht schlechthin ungültig, wohl aber muß das Gesetz ein Gegenstück zu der lebenslänglichen Bindung eines Gesellschafters schaffen. Das Gegenstück zu der lebenslänglichen Bindung eines Gesellschafters besteht in der Zulassung der Kündigung von Gesetzes wegen. Zur Kündigung sind alle Gesellschafter berechtigt, nicht etwa nur der, auf dessen Lebenszeit die Gesellschaft abgeschlossen wurde [36]. Der Vertrag auf Lebenszeit eines Gesellschafters ist daher gleich wie ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag zu behandeln [37]. Ein gesetzliches Kündigungsrecht muß auch stets dann zugelassen werden, wenn die Gesellschaft zwar auf bestimmte Zeit abgeschlossen, diese Dauer aber so reichlich bemessen ist, daß sie der mutmaßlichen Lebensdauer eines Gesellschafters gleichkommt oder sie sogar übertrifft [38], wie z. B. eine Gesellschaft auf mehr als 30 Jahre [39]. Ein solcher Vertrag kann nicht als nichtig betrachtet werden, wohl aber ist er es dann, wenn die Länge der vorgesehenen Vertragsdauer nur einer von mehreren Faktoren ist, welche insgesamt die Vertragspflicht zu einer übermäßigen stempeln [40]. Die Anregung, schon bei einer auf 5 Jahre abgeschlossenen Gesellschaft das Kündigungsrecht zwingend zu geben, hat nicht Eingang ins Gesetz gefunden [41].

---

[31] OR 546, Abs. 3.
[32] Zoelly, S. 72; Siegwart, a. a. O.
[33] ZbJV 62, S. 236.
[34] OR 546, Abs. 2.
[35] Becker, N. 2 zu OR 546.
[36] Wespi, S. 94; Sänger, S. 135.
[37] Becker, N. 2 zu OR 546.
[38] Wespi, a. a. O.
[39] Wieland in ZSR n. F. 40, S. 92.
[40] Siegwart, N. 21 zu OR 547.
[41] Botschaft 1905 im Bbl. 1905, Bd. II, S. 44.

4. Die Kündigungsfrist und der Kündigungstermin.

a) Die Kündigungsfrist.

Infolge einer Kündigung tritt die Auflösung der Gesellschaft nicht sofort ein, sondern erst nach Ablauf eines vom Eintreffen der Kündigungserklärung an zu berechnenden Zeitraumes, der sog. *Kündigungsfrist* [42].

Wenn das Kündigungs*recht*, wie es in Art. 545, Ziff. 6 vorgesehen ist, ein unantastbares Recht ist, so gilt das gleiche nicht auch für die *Kündigungsfristen* und *-termine*, wie sie in Art. 546, Abs. 1 und 2 OR angegeben sind [43]. Die Länge der Kündigungsfrist und der Kündigungstermin können grundsätzlich beliebig bestimmt werden. Aber die Gesellschafter dürfen es nicht in der Art tun, daß das Recht zur Kündigung praktisch illusorisch würde, indem z. B. die Frist, ohne daß schutzwürdige Interessen es erfordern, so lang angesetzt würde, daß ein Gesellschafter veranlaßt werden könnte von einer Kündigung, weil nutzlos, abzusehen [44]. *Becker* [45] ist der Ansicht, daß Kündigungsfristen von 2 oder 3 Jahren bei gegebenen Verhältnissen gerechtfertigt sind, daß aber Kündigungsfristen von 5 oder 10 Jahren wohl regelmäßig als Umgehung der gesetzlichen Schutzbestimmungen angesehen werden müssen. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

Umgekehrt kann die Kündigung, wenn die Parteien es so vereinbaren, fristlos sein, und dann ist die Berufung auf Art. 545, Abs. 2 OR nicht notwendig. Ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist kann die Gesellschaft ferner aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund (Art. 545, Ziff. 7 OR) erfolgt aber nicht durch fristlose Kündigung, wie im gleichgearteten Fall des Art. 352 OR, sondern auf Klage eines Gesellschafters durch rechtsgestaltendes Urteil des Richters [46].

Mangels vertraglicher Bestimmung ist die Kündigungsfrist auf 6 Monate angesetzt [47]. Bei Gesellschaften mit Bindungen stark persönlicher Art ist eine Kündbarkeit jederzeit ohne Frist zuzulassen [48].

Können für die Gesellschafter verschiedene Kündigungsfristen vereinbart werden? Im Dienstvertragsrecht gilt der Satz, daß für Dienstherren und Dienstpflichtigen keine verschiedenen Kündigungsfristen vereinbart werden dürfen [49]. Dieser Satz des Dienstvertragsrechts gilt nicht im Gesellschaftsrecht. Wenn die Gesellschafter ungleiche Kündigungsrechte vereinbaren können [50], so können sie auch — a fortiori — ungleiche Kündigungsfristen vereinbaren. Eine Vereinbarung, die für die Gesellschafter ungleiche

---

[42] von Tuhr, S. 450.
[43] Wespi, S. 95.
[44] Becker, N. 4 zu OR 546.
[45] Becker, a. a. O.
[46] VAargR 35, S. 45.
[47] OR 546, Abs 1. Dies dürfte auch für vertraglich begründete Kündigungsrechte gelten; Siegwart, N. 22 zu OR 547.
[48] BGE 48, II, 439; Fraefel, S. 74.
[49] OR 347, Abs. 3.
[50] siehe oben Ziff. 3, Lit. a.

Kündigungsfristen festsetzt, kann auch dann nicht angefochten werden, wenn die Leistung eines Gesellschafters lediglich in Diensten besteht [51].

Von einer vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist unberührt bleibt das Recht der Gesellschafter, die einem Gesellschafter eingeräumte Befugnis zur Geschäftsführung aus wichtigem Grund zu widerrufen [52].

Das Zürcherische Obergericht führt in einem Entscheid [53] dazu aus:

«Auf das Verhältnis des geschäftsführenden Gesellschafters zu den übrigen Gesellschaftern kommen nach Art. 540 OR die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung. Nach Art. 404 OR kann ein Auftrag jederzeit widerrufen oder gekündigt werden ..... Der Widerruf besteht für den Auftraggeber auch dann, wenn für ihn im Vertrag eine Kündigungsfrist vorgesehen ist. Das ergibt sich aus dem Wesen des Auftrags als eines besondern Vertrauensverhältnisses, mit dessen Wegfall ein Weiterbestehen des Vertrags unvereinbar ist, weshalb er eben gerade durch den Widerruf sofort soll aufgelöst werden.»

b) Der Kündigungstermin.

Der *Kündigungstermin* ist der Zeitpunkt, auf den die Kündigung wirksam werden soll [54]. Die Auflösung der Gesellschaft (als Wirkung der Kündigung) tritt ein mit dem Ablauf der Kündigungsfrist [55]. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sind daher allfällige Gewinnanteile auszurichten [56]. Verwirklicht sich während des Laufes der Frist ein anderer Auflösungsgrund, so gilt dieser [57]. Die Klage auf Liquidation der Gesellschaft kann schon vor Ablauf der Kündigungsfrist gestellt werden, sofern das Urteil erst nach dem Kündigungstermin ergeht [58]. Denn nach den modernen Prozeßgesetzen [59] kommt der Rechtshängigkeit die Wirkung der Festlegung des Sachverhaltes auf den Moment der Klageeinreichung nicht mehr zu [60]. Die Kündigung muß in guten Treuen und nicht zur Unzeit geschehen [61]. Wider Treu und Glauben würde es verstoßen, die Kündigung in einem Momente vorzunehmen, wo die Gesellschaft eine vorübergehende Krise durchmacht oder — umgekehrt — vor dem Abschluß eines gewinnbringenden Geschäftes steht. Bei der stillen Gesellschaft ist zu beachten, daß sie eine Gesellschaft mit jährlichen Rechnungsabschlüssen ist und daher im Zweifel nur das Ende des Geschäftsjahres als Termin in Frage kommt [62].

---

[51] Wespi, S. 95; Sem. jud. 35, Nr. 45.
[52] vgl. OR 539, Abs. 1.
[53] BlZüR 25, S. 194.
[54] Becker, N. 3 zu OR 546.
[55] ZbJV 63, S. 178; Siegwart, N. 22 zu OR 547.
[56] ZbJV 63, S. 177.
[57] VAargR 35, S. 45; Siegwart, a. a. O.
[58] SJZ 8, S. 371; SJZ 10, S. 258; Siegwart, N. 24 zu OR 547.
[59] vgl. z. B. die bern. ZPO vom 7. Juli 1918.
[60] Leuch, Kommentar, N. 1 zu Art. 160 der bern. ZPO.
[61] OR 546, Abs. 2.
[62] Wespi, S. 95.

Die gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung hat den sich weigernden Gesellschaftern gegenüber keine Wirkung. Wird sie von den andern Gesellschaftern angenommen, dann haben wir eine Auflösung der Gesellschaft durch Übereinkunft [63]. Die gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung macht schadenersatzpflichtig [64]. Der Tatbestand der Kündigung zur Unzeit ist trotz der Nachteile für die andern Gesellschafter dann zu verneinen, wenn dem Kündigenden ein wichtiger Grund zur Seite steht. In diesem Falle kann ihm nicht zugemutet werden, mit der Kündigung länger zu zögern [65].

---

[63] Wespi, a. a. O.; OR 545, Ziff. 4.
[64] Siegwart, N. 22 zu OR 547.
[65] Becker, N. 6 zu OR 546; vgl. auch ZbJV 62, S. 236.

Anhang.

(Die Auflösungsgründe der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.)

Die *Kollektivgesellschaft* wird aufgelöst durch die Eröffnung des Konkurses [1]. Dieser Satz ist das Gegenstück zu Art. 562 OR, wo bestimmt wird, daß die Kollektivgesellschaft rechts- und parteifähig wie eine juristische Person ist. Im übrigen gelten für die Auflösung die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft, soweit sich aus den Vorschriften des Titels über die Kollektivgesellschaft nicht etwas anderes ergibt [2]. Den Gläubigern eines Gesellschafters steht kraft Gesetzes ein Kündigungsrecht zu [3]. Dieses Kündigungsrecht wird ausgeübt durch die Konkursverwaltung, wenn ein Gesellschafter in Konkurs geraten ist; oder durch den Gläubiger eines Gesellschafters, der dessen Liquidationsanteil hat pfänden lassen. Die Konkursverwaltung, wie der pfändende Gläubiger haben eine 6monatige Kündigungsfrist zu beobachten [4].

Die Wirkung einer solchen Kündigung kann von der Gesellschaft oder von den übrigen Gesellschaftern durch Befriedigung der Konkursmasse oder des betreibenden Gläubigers abgewendet werden. Dies ist aber nur möglich, solange die Auflösung im Handelsregister nicht eingetragen ist [5]. Die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung eines Gläubigers kann auch dadurch vermieden werden, daß der konkursite oder betriebene Gesellschafter durch die übrigen Gesellschafter ausgeschlossen wird. In diesem Falle ist ihm sein Anteil am Gesellschaftsvermögen auszurichten [6]. Das Ausscheiden von Gesellschaftern kann durch Übereinkunft herbeigeführt werden [7]. Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangt werden könnte und diese vorwiegend in der Person eines oder mehrerer Gesellschafter liegen, so kann der Richter auf deren Ausschließung und auf Ausrichtung ihrer Anteile am Gesellschaftsvermögen erkennen, sofern alle übrigen Gesellschafter es beantragen [8]. Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann derjenige, der keine Veranlassung zur Auflösung gegeben hatte, unter den gleichen Voraussetzungen das Geschäft fortsetzen und dem andern Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen ausrichten. Das gleiche kann der Richter verfügen, wenn die Auflösung wegen eines vorwiegend in der Person des einen Gesellschafters liegenden wichtigen Grundes gefordert

[1] OR 574, Abs. 1.
[2] OR 574, Abs. 1.
[3] OR 575, Abs. 1 und 2.
[4] OR 575, Abs. 1.
[5] OR 575, Abs. 3.
[6] OR 578.
[7] OR 576.
[8] OR 577.

wird [9]. Der dem ausscheidenden Gesellschafter zukommende Betrag wird durch Übereinkunft oder durch den Richter festgesetzt [10]. Das Ausscheiden eines Gesellschafters, sowie die Fortsetzung des Geschäftes durch einen Gesellschafter müssen in das Handelsregister eingetragen werden [11]. Die Gesellschafter haben die Auflösung, abgesehen vom Falle des Konkurses, beim Handelsregisteramt anzumelden [12].

Für die Auflösung und Liquidation der *Kommanditgesellschaft* gelten die gleichen Bestimmungen, wie bei der Kollektivgesellschaft (OR 574—593) [13]. Fällt ein Kommanditär in Konkurs, oder wird sein Liquidationsanteil gepfändet, so sind die für den Kollektivgesellschafter geltenden Bestimmungen (OR 615, 575, 578) entsprechend anwendbar. Dagegen haben der Tod und die Entmündigung des Kommanditärs die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge [14].

---

[9] OR 579.
[10] OR 580.
[11] OR 581.
[12] OR 574, Abs. 2.
[13] OR 619, Abs. 1.
[14] OR 619, Abs. 2.

Literatur- und Judikaturverzeichnis

aOR: Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1882.
Becker: Kommentar zum Obligationenrecht II. Abteilung. Bern, 1934.
BGE: Entscheidungen des Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
Blumenstein: Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten, Diss. Bern, 1901.
— Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes. Bern, 1911.
BlHE: Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen.
BlZüR: Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
Brand: Der Einfluß der Wiederverheiratung einer Kollektivgesellschafterin (Witwe) auf den Bestand der Gesellschaft, ZbJV 41, S. 465.
Burckhardt: Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich, 1939.
Bundesblatt: Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft.
Buser: Die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über die Verträge auf die einfache Gesellschaft im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg, 1935.
Bütschli: Das Recht zum Austritt und zur Ausschließung aus den Verbänden des OR, Diss. Basel, 1924.
EG zum ZGB: Gesetz betr. die Einführung des ZGB (im Kanton Bern) vom 28. Mai 1911.
Flachsmann: Die Auswirkung von Vorgängen bei der Gesellschaft auf die Vermögensverschiebung und deren grundbuchliche Behandlung, Diss. Zürich, 1929.
Flechtheim: Stille Gesellschaft im Kommentar Duringer-Hachenburg über das Handelsrecht. Berlin, 1924.
Fraefel: Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde, Diss. Zürich, 1929.
Gierke: Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe für Karl Wieland. Basel, 1934.
— Dauerschuldverhältnisse in Iherings Jahrbücher. Bd. 64, S. 335.
Guhl: Das schweizerische Obligationenrecht, I. und II. Halbband, 2. Auflage. Zürich, 1936/37.
Haberstich: Handbuch des schweizerischen Obligationenrechtes, Bd. 2. Zürich, 1885.
Härtsch: Die Rechte der Gläubiger an einer Gemeinschaft in der ihr Schuldner steht, Diss. Bern, 1914.
Held: Die Fortsetzung der Kollektivgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. ZbJV 76, S. 417.
Imfeld: Die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Diss. Freiburg, 1931.
Journ. trib.: Journal des tribunaux.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, in Fischers zwangslosen Heften. Jena, 1901.
Leuch: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, Kommentar, II. Auflage. Bern, 1937.
— Die Rechte der Witwe und des Kindes am Nachlaß des Ehemannes nach Art. 150—153 bern. EG zum ZGB, ZbJV 66, S. 193 ff., 244 ff.
Marfurth: Die Auflösung der Kollektivgesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, Diss. Freiburg, 1928.
OR: Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936.

Praxis: Die Praxis des Bundesgerichts.
Rennefahrt: Schweizerisches Obligationenrecht. Zürich, 1919.
Rist: Die Überführung eines kaufmännischen Geschäftes aus der Unternehmungsform der Kollektivgesellschaft in die Unternehmungsform der Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg, 1925.
Rossel: Manuel du droit fédéral des obligations, II. Auflage. Lausanne, 1905.
Sänger: Die stille Gesellschaft. Mannheim, 1924.
Schaerer: Die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, Diss. Basel, 1923.
SchKG: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz vom 11. April 1889.
Schlatter: Ein- und Austrittsfreiheit von Kartellmitgliedern, Diss. Zürich, 1933.
Schneider und Fick: Das schweizerische Obligationenrecht, II. Auflage. Zürich, 1883.
Sem. jud.: Semaine judiciaire.
Siegwart: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht. Zürich, 1938.
SJZ: Schweizerische Juristenzeitung.
Staub: Kommentar zum DHG. Berlin, 1921.
von Tuhr: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Tübingen, 1924.
VAargR: Vierteljahrsschrift für aargauische Rechtsprechung.
VO: Verordnung des Bundesgerichts betr. die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923.
Vogelsang: Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse, Diss. Lausanne, 1931.
Wespi: Die stille Gesellschaft im schweizerischen Recht, Diss. Zürich, 1930.
Wieland: Handelsrecht, Bd. I in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Berlin, 1921.
— Aus dem Schweizerischen Kartellrechte. ZSR n. F. 40, S. 75 ff.
ZbJV: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
Zoelly: Die rechtliche Behandlung der Kartelle, Diss. Zürich, 1917.
ZPO: Gesetz betr. die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918.
ZSR n. F.: Zeitschrift für Schweizerisches Recht neue Folge.